UNIVERSITÉ D'ANGERS
FACULTÉ DE DROIT, ÉCONOMIE ET GESTION

DIPLOME D'ETUDES APPROFONDIES
TRANSDISCIPLINAIRE DES ACTES JURIDIQUES

LA LOI NOUVELLE ET LE CONTRAT EN COURS

Présenté par **Giancarllo MELITO**

Sous la direction de Mademoiselle
le professeur **Anne DEBET**

ANNÉE 2004 / 2005

Remerciements :

À Dieu,
pour tout.

À ma famille,
qui m'a appuyé tout au long de ma vie et
qui m'encourage dans toutes
mes entreprises.

À monsieur Yves Dolais,
pour sa confiance, sa sympathie et
son appui au long de cette année.

À mademoiselle Anne Debet,
pour sa patience et ses précieux conseils
relatifs à la rédaction de ce mémoire.

À tous les professeurs du DEA,
qui sont intervenus au cours de cette
année, pour tous les enseignements qu'ils
m'ont dispensés.

À UniFMU,
pour sa confiance et son appui
tout au long de mes études.

<< *Le présent et l’avenir sont sous l’empire des lois, elles ne peuvent certainement pas faire qu’une chose qui existe n’ait pas existé, mais elles peuvent décider qu’elle n’existera plus* >> (Portalis)

PLAN DE TRAVAIL

Introduction

I. Le principe du droit transitoire contractuel

A. Le fondement du principe de la survie de la loi ancienne

1. Les fondements de la doctrine Classique
    - a. Les arguments de Gabba
    - b. La notion de droits acquis en doctrine
2. Les autres fondements du principe
    - a. La doctrine objective en général
    - b. La doctrine moderne de Roubier

B. L'étendue du principe de la survie de la loi ancienne

1. La période précontractuelle
    - a. Négociations et Pourparlers
    - b. Contrat préliminaire ou préparatoire
2. La période contractuelle
    - a. Les contrats à terme ou conditionnels
    - b. La continuation du contrat

II. Les exceptions au principe général

A. L'application immédiate de la loi nouvelle

1. L'application de la loi nouvelle pour régir le contrat
    - a. L'ordre public et l'intérêt général
    - b. Le statut légal
    - c. Prévision expresse par la loi
2. Les effets d'origine légale du contrat en cours
    - a. La controverse et la solution adoptée
    - b. L'analyse des cas pratiques

B. L'effet rétroactif de la loi nouvelle

1. La validité de la loi rétroactive
    - a. La rétroactivité en doctrine
    - b. Lois expressément rétroactives
2. Les lois rétroactives
    - a. Les lois interprétatives
    - b. Les lois de validation ou confirmatives

Conclusion

SOMMAIRE

Introduction

i. La présentation du sujet
ii. La délimitation du sujet
iii. L'analyse historique
iv. L'analyse historique en France
v. Les théories
vi. Les autres branches du droit
vii. La position du problème
viii. La présentation du plan de travail

I. Le principe du droit transitoire contractuel

A. Le fondement du principe de la survie de la loi ancienne

1. Les fondements de la doctrine Classique

a. Les arguments de Gabba

i. Le fondement
ii. Les arguments
iii. Les critiques

b. La notion de droits acquis en doctrine

i. Les anciens auteurs français
ii. Savigny
iii. Lassalle
iv. La doctrine en général
v. Conclusion

2. Les autres fondements du principe

a. La doctrine objective en général

i. Chironi
ii. Vareilles-Sommières
iii. Planiol
iv. Affolter
v. Théorie publiciste
vi. Théorie fondée sur l'article 1134 du Code civil

b. La doctrine moderne de Roubier

i. Le fondement
ii. L'approche de la doctrine classique
iii. Conclusion

B. L'étendue du principe de la survie de la loi ancienne

1. La période précontractuelle

a. Négociations et Pourparlers
i. La problématique
ii. La règle générale
iii. L'exception à la règle
iv. La notion de valeur propre

b. Contrat préliminaire ou préparatoire
i. La promesse unilatérale de contrat
ii. La promesse réciproque de contrat
iii. Le contrat préparatoire

2. La période contractuelle

a. Les contrats à terme ou conditionnels
i. Le contrat conditionnel
ii. Le contrat à terme

b. La continuation du contrat
i. La prorogation du contrat
ii. La reconduction tacite

II. Les exceptions au principe général

A. L'application immédiate de la loi nouvelle

1. L'application de la loi nouvelle pour régir le contrat

a. L'ordre public et l'intérêt général
i. Les notions d'ordre public et d'intérêt général
ii. Les critiques à la notion d'ordre public
iii. Le positionnement adopté

b. Le statut légal
i. La notion de statut légal
ii. Les critiques à la notion de statut légal
iii. Le positionnement adopté

c. Prévision expresse par la loi
i. Position du problème
ii. Le positionnement adopté

2. Les effets d'origine légale du contrat en cours

a. La controverse et la solution adoptée
i. Positionnement de la théorie classique
ii. Positionnement de la théorie moderne

iii. Le positionnement adopté

b. L’analyse des cas pratiques
i. Droit de créance
ii. Droits réels
iii. Statut de la personne

B. L’effet rétroactif de la loi nouvelle

1. La validité de la loi rétroactive

a. La rétroactivité en doctrine
i. La notion de rétroactivité
ii. Les catégories des lois rétroactives
iv. Le positionnement adopté

b. Lois expressément rétroactives
i. Le rôle de l’article 2 du Code Civil
ii. Le contrôle jurisprudentiel
iii. Le positionnement adopté

2. Les lois rétroactives

a. Les lois interprétatives
i. La notion de loi interprétative
ii. Le fondement et l’étendue de la rétroactivité
iii. Le contrôle jurisprudentiel

b. Les lois de validation ou confirmatives
i. La notion de loi de validation
ii. Le contrôle jurisprudentiel
iii. Le positionnement adopté

Conclusion

Bibliographie
Articles de doctrine lus ou mentionnés
Traités et ouvrages lus ou mentionnés

Jurisprudences mentionnées

Abréviations

INTRODUCTION

i. La présentation du sujet. Une fois produite par les organes compétents de l'État, la loi, qui est la forme fondamentale d'expression du droit, se projette en deux directions : l'une spatiale et l'autre temporale. La dimension spatiale concerne le territoire où la loi aura son applicabilité ; la dimension temporale, aussi appelée l'efficacité de la loi dans le temps, concerne la vie de la loi, son terme initial et son terme final.

Le temps se décompose en trois moments : le passé, le présent et l'avenir. Pour cette raison, pour analyser cette efficacité de la loi dans le temps, il faut distinguer trois situations possibles : le fait juridique s'est produit postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle ; le fait juridique s'est entièrement réalisé sous l'empire de la loi ancienne ; ou la situation juridique est en cours, autrement dit, le fait juridique commence dans l'empire de la loi ancienne et se déroule sous l'empire de la loi nouvelle[1].

Lorsqu'une loi est créée, étant présumée meilleure que la loi antérieure, il est souhaitable qu'elle soit immédiatement applicable. Ainsi, en principe, si le fait juridique s'est produit postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, peu de problèmes restent pour défendre son application.

Il est vrai que ce système présente un inconvénient, il compromet l'unité de la législation, alors que les situations préexistantes ont été régies par la loi ancienne et les situations nouvelles seront gouvernées par la législation nouvelle, créant une disparité de statut entre personnes placées dans le même état juridique, ce qui est incompatible avec le principe de la généralité de la loi et le principe d'égalité de tous les citoyens devant la loi.

---

1 Dans ces situations juridiques, on traitera de façon superficielle les deux premières (le fait juridique s'est produit postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle et le fait juridique s'est entièrement réalisé sous l'empire de la loi ancienne), car ce n'est pas l'objet de ce travail et ne pose pas de grands problèmes par rapport au sujet choisi (La loi nouvelle et le contrat en cours). Néanmoins, il faut remarquer qui ces situations aussi posent de hautes discussions doctrinales et jurisprudentielles.

Cependant, si cet argument est admis, le législateur ne pourra jamais créer des lois, parce que changer la situation juridique existante c'est le but de la loi nouvelle. Cet inconvénient tombe facilement devant l'argument selon lequel la propre évolution de la société impose la substitution des lois, pour traiter différemment les mêmes situations juridiques.

Pour le professeur hongrois Etienne de Szászy[2], « le principe *lex posterior derogat priori*, sans constituer une norme juridique positive, est aussi impliqué dans la notion du droit et se présente également comme une règle absolue et nécessaire de la philosophie du droit. Aussi, les diverses législations tenteraient-elles en vain d'abroger ce principe. Il découle également de l'idée que le droit constitue la volonté de la plus forte puissance sociale ; dès lors que cette volonté empirique change, le droit existant auparavant doit aussi changer ».

En revanche, si le fait juridique s'est entièrement réalisé sous l'empire de la loi ancienne, par souci de maintenir la sécurité juridique, l'application exclusive de la loi ancienne s'impose.

L'histoire démontre que le principe de la non-rétroactivité de la loi a son fondement dans la raison naturelle de l'être humain, puisque sauf imposition de celui qui a le pouvoir, soit le roi, soit le législateur, une règle juridique ne peut pas avoir d'effet avant son terme initial[3].

Le fondement philosophique du principe de la non rétroactivité est le besoin de

2 *Les Conflits des Lois dans le Temps*, *in* Recueil des Cours de l'Académie de Droit International ; Paris, 1934, p. 150.

3 Selon l'auteur brésilien Carlos Maximiliano, (*in* '*Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis* ; 2 édition, Rio de Janeiro, 1955), la notion de la non-rétroactivité de la loi est née au droit grec: « *Com efeito, Aristóteles no comentário à Constituição de Atenas, élucida a questão com estas palavras: Sólon estabeleceu uma constituição e publicou outras leis; deixaram de ser aplicadas aquelas de Drácon, tendo sido essas aplicadas a partir de então »*. D'après l'auteur brésilien, on trouve la même appréciation dans l'œuvre renommée de Ferdinand Lassalle sur le droit intertemporal ('*Théorie des droits acquis et des conflits de lois*' ; 1861, traduction en français de Giard, Paris, 1904). Cependant, Fustel de Coulanges, *in* « La Cité Antique »' (Flammarion, Paris, 1984), a un point de vue contraire et mentionne que le droit grec ne connaissait pas la notion de non-rétroactivité de la loi.

sécurité juridique, la nécessité de confiance dans la stabilité du droit. En effet, la non-rétroactivité de la loi nouvelle constitue une protection des libertés et une sécurité.

Toute personne qui agit tient compte nécessairement des lois existantes au moment de son action, elle se fie à ces lois qui lui indiquent ce qui est permis et ce qui ne l'est pas, et quelles sont les conséquences qui découlent des faits ou des actes juridiques accomplis sous leur empire.

L'interdiction d'appliquer rétroactivement la loi nouvelle aux faits juridiques entièrement réalisés sous l'empire de la loi ancienne a démontré en nombreuses occasions son opportunité.

Cependant, le problème se pose pour les situations juridiques en cours, où il y a un conflit de lois dans le temps. Ce « conflit des lois dans le temps naît, non pas de la coexistence des lois, mais de leur succession »[4].

ii. La délimitation du sujet. L'ensemble des règles ou, plutôt, des principes qui traitent de ce conflit de lois dans le temps est appelé par la doctrine : droit transitoire, droit intertemporal ou théorie de l'applicabilité de la loi nouvelle[5].

La question est donc de savoir quelle loi doit être applicable dans les situations juridiques en cours : la loi ancienne ou la loi nouvelle. Pour régler un tel conflit, trois régimes sont concevables :

D'abord, peut être décidé la prévalence de la loi nouvelle, régissant toute la situation juridique en cause dès le moment de sa naissance : c'est le régime de la

---

4 ROUBIER, Paul. *Le droit transitoire - conflits des lois dans le temps* ; 2[e] édition, Dalloz et Sirey, Paris, 1960, p. 04.

5 Les expressions « théorie de la rétroactivité de la loi » et « théorie de la non-rétroactivité de la loi » beaucoup utilisées par plusieurs auteurs nous semblent inappropriées. On ne peut dire ni que la loi est toujours rétroactive, comme indique la première expression, ni que la loi est toujours non-rétroactive, comme indique la seconde expression. Par ces motifs, il est préférable d'utiliser l'expression « théorie de l'applicabilité de la loi nouvelle », qui n'induit ni l'une ni l'autre situation.

« rétroactivité de la loi nouvelle ».

Ensuite, il est possible de continuer à soumettre à la loi ancienne la situation juridique qui s'est créée sous son empire, tant pour le passé que pour l'avenir : c'est le régime de la « survie de la loi ancienne ».

Finalement, entre ces deux systèmes, s'intercale le système dit de « l'application immédiate de la loi nouvelle » qui consiste à assigner à chacune des lois son domaine d'application en présence des époques respectives du fait juridique. D'un côté, la loi ancienne gouverne la situation juridique créée sous son empire ainsi que les effets déjà réalisés. D'un autre côté, la loi nouvelle, dès sa mise en vigueur, s'empare de la situation juridique existante, soit pour la faire disparaître si tel est la voie de la réforme, soit pour lui conférer d'autres conséquences de droit.

En effet, les trois systèmes supra mentionnés coexistent ensemble et ils sont applicables selon les cas. En général, l'histoire du droit nous montre la préférence pour l'adoption du système de l'application immédiate de la loi nouvelle ; en matière contractuelle, l'application du système de la survie de la loi ancienne et un refus de la rétroactivité de la loi nouvelle.

iii. L'analyse historique. L'application de la loi nouvelle fut toujours un sujet de préoccupation dans les sociétés[6]. Dès la phase embryonnaire du droit (ici compris les premiers textes de droit, comme le Code de Hammourabi, le Code de Manu et la Loi des XII Tables), en passant par le droit romain (il est nécessaire de mentionner les règles Théodosiennes et le Code de Justinien), jusqu'au droit contemporain, les juristes se préoccupent de la bonne application de la loi

6 Le professeur Etienne de Szászy, *op. cit.*, p. 174, refuse cette idée. Pour lui « aux époques où le droit était encore rudimentaire le problème du conflit entre lois nouvelles et anciennes ne se posait point », d'une part, parce que le droit coutumier, utilisé à l'époque, évolue de façon lente de mode à faire oublier la coutume antérieur et, d'autre part, parce qu'il y avait l'idée que les règles juridiques étaient d'origine divine et ne pouvaient pas être modifiées par l'homme. De toute façon, ensuite, p. 175, l'auteur reconnaît l'existence d'une règle transitoire, « sans être basée sur des principes solides », depuis le Code de Hammourabi.

nouvelle[7].

Mais la première disposition relative à l'application de la loi nouvelle aux contrats en cours apparaît, selon Limongi França[8], seulement à la fin du IVème siècle, en droit romain[9], avec Ulpiano, dans le Digeste 38, 17, 1, 12 : « les choses jugées, conclues ou les actes de transaction doivent rester valables. Par chosé jugée on comprend les jugements d'un juge compétent; par choses conclues, on comprend la situation consolidée par le consentement ou par le temps ; par actes de transaction on comprend celui qui a été accordé de bonne fois »[10] ; et Paulo, dans le Digeste *De Verborum Significatione* (50, 16, 229) : « les actes de transaction ou les choses conclues ne sont pas seulement les actes lesquels il y eut controverse, mais aussi tous les actes légalement formés sans controverse »[11].

En effet, par l'affirmation que les actes de transactions doivent rester valables, même sans un jugement d'un juge compétent, au cas où il n'y eut pas controverse « *transacta finitave intelligere debemus* », le droit romain a reconnu, même de façon embryonnaire, la non-rétroactivité de la loi nouvelle[12].

Ensuite, et de façon plus technique, la deuxième règle Théodosienne, datée de 440, expose : « qu'il est évident (*certum est*) que les lois et les constitutions donnent forme aux faits juridiques futures (*futuris negotiis*) et qu'elles n'atteignent pas les faits passés (*facta praeterita*), sauf mention expresse (*nominatum cautum sit*), soit aux faits passés (*praeterito tempore*), soit aux actes juridiques en cours (*pendentibus negotiis*) »[13].

7 Limongi França, auteur brésilien, dans son renommé ouvrage *Direito Intertemporal Brasileiro* ; 2ème édition, RT, 1968, São Paulo, p. 15/121, raconte de façon détaillée la préoccupation de toutes les civilisations avec le droit intertemporal, mentionnant le droit égyptien, mésopotamique, hindou, grec, romain, canonique, barbare, l'ancien droit etc..

8 *Op. cit.*, p. 47.

9 De même pour DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *in Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine* ; bibliothèque de droit privé, tome 151, LGDJ, Paris, 1977, p. 5 et suivantes.

10 *Quae judicata, transacta finitave sunt, rata maneant : ita intelligendun est, ut judicata accipere debeamus, ab eo, cui judicanti jus fuit; transacta, scilicet bona fide, ut valeant transactio : finita, vel consensu, vel longo silentio sopita*.

11 *Transacta finitave intelligere debemus, non solum quibus controversia sint possessa.*

12 Paul Roubier. *op. cit.*, p. 69, ne reconnaît pas ces textes comme valables sous l'argument de qu'il y avait plusieurs lois rétroactives.

13 *Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatium et de praeterito tempore, et adhuc, pendentibus negotiis cautum sit.*

Ainsi, la deuxième règle Théodosienne fait plus que mentionner l'existence d'un contrat, elle fait référence expresse au respect des actes juridiques en cours, explicitant la non-rétroactivité de la loi nouvelle, sauf intention expresse du législateur.

De toute façon, à notre avis, cette règle ne précisait pas s'il y avait l'application immédiate de la loi nouvelle ou s'il y avait la survie de la loi ancienne pour régler le « *pendentibus negotiis* »[14].

Cependant, ce n'est qu'avec la Nouvelle 22 de Justinien qu'on trouve mentionné de façon expresse que les effets d'un acte juridique en cours, même produits pour l'avenir « *suos eventus* », sont régis par la loi du jour où ils furent crées « *ex iis quae jam positae sunt legibus* ». On trouve le même sens dans la Nouvelle 66, où le testament d'une personne qui a survécu à la loi nouvelle mais n'a pas eu le temps de le modifier est admis.

Il faut encore remarquer que Justinien a appliqué la non-rétroactivité de la loi nouvelle et la survie de la loi ancienne en plusieurs situations, comme en matière de bénéfices, testaments, filiation etc.[15].

Encore dans l'époque médiévale, la Lex Wisigothorum, utilisée par les Wisigothes[16], traita de façon complètement différente le sujet. Bien que les Wisigothes eurent connu la notion de « *negotia pendentia* » de Justinien, ils appliquèrent, dès son entrée en vigueur, la loi nouvelle aux obligations en cours. En effet, la Lex Wisigothorum fut la première règle à prévoir l'application immédiate de la loi nouvelle.

---

14 Limongi França. *op. cit.*, p. 68/69, analysant la deuxième règle Théodosienne, conclut que cette règle pose pour la première fois le principe de la survie de la loi ancienne aux obligations en cours, par l'affirmation que les lois n'atteignent pas les faits passés, ici compris les actes juridiques en cours, sauf mention expresse.

15 Limongi França. *op. cit.*, p. 69/71.

16 Les Barbares Wisigothes habitèrent la péninsule Ibérique un siècle après la chute de l'empire Romain de l'Occident. Ses législations furent adoptées partiellement par Portugal jusqu'à 1446 et par l'Espagne jusqu'au XIXème siècle.

Après avoir été posée par le droit romain, la question de l'application de la loi nouvelle au « *negotia pendentia* » s'est lentement développée jusqu'au XVIIIème siècle, sans aucun changement remarquable.

En effet, l'unique importante législation à l'époque à traiter du sujet fut la Constitution des États-Unis de 17 septembre 1787, où l'article premier, section IX, paragraphe trois, complété par le paragraphe 1, de la section X établit qu'aucun État pourrait créer des lois rétroactives « *bill of attainder* » pour affaiblir une prévision contractuelle. Il faut encore remarquer que cette loi fut la première règle de l'époque moderne à prévoir la survie de la loi ancienne pour les contrats en cours.

Ensuite, dans les XIXème et XXème siècles plusieurs pays ont adopté dans leurs législations, soit ordinaire, soit constitutionnelle, les diverses théories créées par la doctrine. D'autres pays, comme la France, ont maintenu une posture plus étroite, laissant aux juges et à la doctrine la charge de bien appliquer la loi nouvelle par rapport aux contrats en cours.

vi. L'analyse historique en France. En France, l'intérêt pour la question de l'application de la loi nouvelle date de l'ancien régime, période durant laquelle les coutumes commencèrent à être écrites[17]. Toutefois, il n'existait qu'une notion fondée sur l'état d'un procès, c'est-à-dire le jour où un fait juridique est demandé en justice, et non pas une notion fondée sur le jour où le fait juridique fut produit.

Mais, l'histoire du droit transitoire français ne rencontre le droit contractuel qu'avec les ordonnances royales. La première mention apparaît avec l'édit de février 1556 qui disposait sur les mariages clandestins[18].

17 Paul Roubier. *op. cit.*, p. 52. Il faut encore remarquer que dès cette époque-là le droit français refusait, en principe, l'effet rétroactif de la loi nouvelle.

18 « L'article 4 de cet édit déclarait bien que l'intention du législateur était que cet édit ait lieu tant pour l'avenir que pour le passé, d'autant qu'il y a eu transgression de la loi et commandement de Dieu, dont ne se peut couvrir d'ignorance, et de tolérance, au contraire ; mais il ajoutait aussitôt que, pour ne pas troubler les mariages qui sont en repos et ne donner matière à procès, l'édit ne s'appliquerait qu'aux mariages non consommés avant sa publication. Cette disposition s'opposait nettement aux théories canoniques sur la rétroactivité: la loi nouvelle fût-elle conforme au droit

Cependant, seulement au XVIII[ème] siècle le droit français connaît un système moderne et abandonne l'ancienne conception coutumière fondée sur la considération de l'état des procès pour la substituer par une analyse des faits juridiques.

Autrement dit, le législateur français abandonne la méthode selon laquelle il prend en considération le jour où un fait juridique est demandé en justice pour envisager comme paramètre pour l'application de la loi le jour où le fait juridique fut produit.

En effet, l'ordonnance d'août 1747, concernant les substitutions, dans l'article 55 du titre II[19], prévoit toute une suite de conséquences résultant d'une substitution antérieure, et les fait régis par la loi ancienne. Selon le doyen Paul Roubier, il s'agit du « premier texte qui déclare expressément que la loi n'aura pas un effet rétroactif »[20], argument sur lequel nous ne sommes pas d'accord à cause de l'article 4 de l'édit de février 1556 supra.

L'époque de la Révolution française, du point de vue du droit transitoire, est pleine de contradictions. D'une part, de solennelles affirmations du principe de la non-rétroactivité, considéré comme l'une des bases de la liberté civile, comme, par exemple, l'article 14 de la Constitution française de 1793 et l'article 14 de la Déclaration des Droits inscrite en tête de la Constitution du 5 fructidor An III, ainsi conçu: « aucune loi, ni criminelle, ni civile, ne peut avoir d'effet rétroactif ».

D'autre part, on voit les violations les plus surprenantes de ce même principe,

---

divin, le législateur cependant respect les faits accomplis » (Paul Roubier. *op. cit.*, p. 55).

19 Article 55 : Les dispositions contenues dans le titre premier de la présente ordonnance, sur ce qui concerne la validité ou l'interprétation des actes portant substitution, la qualité des biens qui peuvent en être chargés, la durée des substitutions et l'irrévocabilité de celles qui sont portées par les contrats de mariage, ou autres actes entre vifs, la manière d'en compter les degrés, l'hypothèques subsidiaire des femmes mariées avant la publication des présentes, et l'effet des degrés qui l'auront précédée, n'auront aucun effet rétroactif, et les contestations nées ou à naître à cet égard seront jugées suivant les lois et la jurisprudence qui étaient observées auparavant dans nos Cours, lorsque la substitution aura une date antérieure à la publication de la présente ordonnance, si elle est portée par un acte entre vifs, ou, si elle est contenue dans une disposition à cause de mort, lorsque celui qui l'aura faite sera décédé avant ladite publication.

20 *Op. cit.*, p. 57.

comme, par exemple, la loi du 17 nivôse An II (6 janvier 1794) qui ordonna que les nouvelles règles successorales fussent rétroactivement applicables à toutes les successions ouvertes depuis le 14 juillet 1789[21].

Et c'est juste sur le souvenir du désordre créé par la loi du 17 nivôse An II et inspiré par M. Domat[22], que le législateur du Code Napoléon a adopté le principe de la non-rétroactivité de la loi nouvelle, prévoyant, dès le début de la rédaction du Code civil, que « la loi n'a pas d'effet rétroactif, elle ne statue que pour l'avenir », rédaction modifiée par la suite par le texte actuel de l'article 2 du Code civil : « La loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif ».

L'article 2 du Code civil fut l'œuvre de plusieurs critiques dans le sens où il n'aurait pas traité la question de droit transitoire de façon objective[23] ; cependant il a bien survécu et, même, a inspiré la plupart des législations à l'époque, comme le Code civil italien, que prévoit dans l'article 2 : « *la legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo* ».

v. Les théories. Dans le droit moderne, plusieurs théories, développées dans différents pays, essayent d'expliquer le conflit de lois dans le temps et la bonne application de la loi nouvelle. Cependant deux théories se dégagent, celle des droits acquis - théorie classique, défendue par C. F. Gabba[24] et celle des situations juridiques - théorie moderne, défendue par Paul Roubier[25].

21 STARCK, B.; ROLAND, H. et BOYER, L.. *Droit Civil - Introduction au Droit*; Litec, Paris, 2002, p. 214/217.

22 DOMAT, M.. *Les lois civiles dans leur ordre naturel* ; Paris, 1756.

23 Paul Roubier. *op. cit.*, p. 90/95.

24 L'Œuvre de Gabba, *Teoria della retroattività delle leggi*, développée en 4 volumes, eut sa première édition en 1868-1874. Cependant, la théorie complète des droits acquis ne fut démontrée qu'à la troisième édition, publiée en 1891 - première volume, 1897 - le deuxième et troisième volumes et 1898 - le dernier volume, selon Limonge França. *op. cit.*, p. 151, et Paul Roubier. *op. cit.*, p. 122. L'italien Gabba ne fut pas le fondateur de cette théorie, néanmoins il est, sans aucun doute, l'auteur que plus la défendit. Selon les informations de Etienne de Szászy. *op. cit.*, p. 194, les créateurs de cette théorie furent les italiens Bartole et Belviso vers 1270 et 1335.

25 Le doyen honoraire de la Faculté de Droit de Lyon défendit sa théorie en trois opportunités : D'abord, dans l'article « Distinction de l'effet rétroactif et l'effet immédiat de la loi »', publié dans la Revue Trimestrielle de Droit Civil de 1928. Ensuite, dans l'ouvrage « Le conflit des lois dans le temps », publié en 1929 (première volume) et 1933 (deuxième volume). Enfin, dans l'ouvrage « Le droit transitoire - Conflit des lois dans le temps »', publié en 1960, qu'il s'agit en effet de la troisième édition de son premier ouvrage.

La théorie classique, « croit donner une solution à tous les problèmes du droit transitoire en partant du principe que la loi nouvelle doit respecter les droits acquis. Les droits non acquis, les expectatives, les faibles attentes, les facultés générales, les attributs légaux pouvant seuls être atteints par elle »[26].

La base théorique de cette doctrine est double : quelques auteurs se contentent de constater que le respect des droits acquis est un postulat de l'équité ; d'autres, par contre, s'appuient sur une spéculation abstraite : la rétroactivité est une violation de la liberté et de la responsabilité de l'homme, et partant inadmissible.

Ainsi, dans cette théorie, tout se ramène à la définition du droit acquis. On pourrait considérer comme un droit acquis celui qui nous appartient d'une manière définitive et ne peut plus nous être ravi[27].

« Enfin, si quelqu'un a accompli un acte pour acquérir un droit, le législateur ne devrait-il pas respecter le droit acquis? Le droit acquis serait alors caractérisé par la manière dont il aurait été acquis, et le principal rôle appartiendrait au fait générateur du droit »[28].

Néanmoins, les critiques à cette théorie sont nombreuses. Les adeptes de la doctrine moderne exposent qu'elle est imprécise et insuffisante, car la définition de droit acquis comme celui qui est entré dans notre patrimoine et dont un tiers ne peut plus nous priver, a été faite pour les droits patrimoniaux et la formule est difficile à transporter dans le domaine des droits extrapatrimoniaux et de la famille.

Aussi, ils ont bien souligné que le raisonnement en termes de droits acquis se réduisait souvent à une véritable pétition de principe, interprétée selon le résultat que l'on veut atteindre. Encore, cette théorie serait mal fondée, car un particulier ne saurait avoir, pour l'avenir, des droits acquis à l'encontre de la loi.

---

26 Etienne de Szászy. *op. cit.*, p. 194.
27 Dans la première partie de ce travail, ci-dessous, on verra plusieurs définitions de droit acquis données par la doctrine.
28 Etienne de Szászy. *op. cit.*, p. 195.

Selon eux, reflet de l'individualisme libéral du XIXème siècle, la théorie des droits acquis pose la question du conflit de lois en termes de défense des droits subjectifs contre le droit objectif ; cependant une telle analyse procède d'une vision inexacte des rapports entre les deux notions. Le droit subjectif n'existe pas, en effet, en tant que tel, mais uniquement dans la mesure où le droit objectif le consacre. Dès lors, la vraie question n'est pas celle de la protection de tel ou tel droit subjectif, mais celle du conflit de compétence entre la loi ancienne et la loi nouvelle[29].

Ainsi, d'après ces auteurs, la théorie classique ne permet pas de résoudre toutes les questions, parce que l'on ne peut pas dire toujours, avec certitude, si l'on se trouve ou non en présence d'un droit acquis. Jacques Ghestin[30] mentionne que « le respect de tous les droits acquis est ainsi incompatible avec l'évolution du droit. Il faut alors introduire des distinctions que cette notion, en elle-même, ne permet pas, à moins de qualifier précisément de droits acquis tous ceux qui ne peuvent être modifiés sans rétroactivité ».

Nonobstant ses faiblesses, cette théorie a été bien acceptée et jusqu'aux nos jours elle est utilisée par la jurisprudence pour résoudre la plupart des problèmes relatifs au conflit des lois dans le temps.

Par contre, ces auteurs qui critiquent la théorie classique s'appuient sur la théorie moderne pour expliquer les conflits de lois dans le temps. Selon eux, l'application immédiate de la loi nouvelle est le principe général du droit transitoire. La loi nouvelle doit être d'application immédiate sinon des lois différentes seraient compétentes simultanément pour des faits de même nature ; par cette même raison, la rétroactivité de la loi nouvelle, en règle, n'est pas admise.

Aussi, ces auteurs refusent l'application rétroactive de la loi nouvelle selon

---

29 Stark, Roland et Boyer. *op. cit.*, p. 214/217.

30 GHESTIN, J. ; GOUBEAUX. G.. *Traité de Droit Civil - Introduction Générale* ; 3ème édition, LGDJ, Paris, 1990.

l'argument que cela porte atteinte à la sécurité juridique et à la société. Ils expliquent que pour résoudre les problèmes qui peuvent résulter de l'action d'une loi dans le temps, il suffit de constater que les situations juridiques ne se réalisent pas en général en un seul moment, elles ont un développement dans le temps.

Cela veut dire qu'il y a une phase dynamique qui correspond au moment de la constitution ou de l'extinction de cette situation juridique, et il y a une phase statique qui correspond au moment où cette situation produit ses effets.

« Lorsqu'il s'agit de déterminer comment se constitue (ou s'éteint) une situation juridique, le législateur est placé en présence de simples faits (*ex facto oritur jus*) ; ces faits peuvent être d'ailleurs des faits naturels ou des faits de l'homme ; il n'importe en ce moment. La loi qui gouverne les conditions de constitution (ou d'extinction) d'une situation juridique établira donc une discrimination entre un certain nombre de faits ou d'actes, les uns étant considérés comme susceptibles d'entraîner la constitution (ou l'extinction) d'une situation juridique, les autres étant, au contraire, regardés comme incapables de l'engendrer. Dans ces conditions, il est évident qu'une loi de ce genre, dont l'objet est de régler les conditions de constitution (ou d'extinction) d'une situation juridique, ne peut prendre en considération des faits antérieurs à son entrée en vigueur sans être rétroactive ; à cet égard, il faut mettre sur le même pied la loi qui déciderait que des faits, qui avaient produit le constitution (ou l'extinction) d'une situation juridique sous la loi précédente, n'avaient pas eu ce pouvoir, et la loi qui déciderait que des faits, qui n'avaient pas produit la constitution (ou l'extinction) d'une situation juridique sous la loi précédente, avaient eu, au contraire, ce pouvoir »[31].

Ainsi, la loi nouvelle, relative au mode de constitution ou d'extinction d'une situation juridique, ne peut pas être applicable à ces faits ou actes - mode de constitution - passés.

En revanche, « lorsqu'il s'agit, non plus de déterminer la constitution ou l'extinction

31 Paul Roubier. *Distinction de l'effet rétroactif et de l'effet immédiat de la loi*, *in* RTD civ. 1928, p. 586/587.

d’une situation juridique, mais de fixer les effets de cette situation juridique, la définition du caractère rétroactif de la loi est encore plus simple : tous les effets juridiques produits par la situation envisagée avant l’entrée en vigueur de la loi nouvelle font partie du domaine de la loi ancienne, et on ne saurait les lui arracher sans rétroactivité. Si donc nous supposons une situation juridique produisant ses effets pendant une certaine période de durée, la loi nouvelle déterminera les effets juridiques qui se produiront après son entrée en vigueur, sans qu’il y a autre chose qu’un effet immédiat, mais elle ne saurait atteindre les effets juridiques antérieurs, qu’il s’agisse d’ailleurs de les modifier, de les accroître ou de les diminuer, sans qu’il y ait rétroactivité »[32].

Bref, pour Paul Roubier et pour tous les adeptes de la doctrine moderne, les faits juridiques relatifs à la constitution ou l’extinction de la situation juridique (phase dynamique) sont régis par la loi ancienne, c’est-à-dire par la loi du jour où ce fait fut établi, et les faits juridiques relatifs aux effets de cette situation juridique (phase statique) sont régis par la loi applicable au jour de sa réalisation, soit la loi ancienne, soit la loi nouvelle.

Au-delà de la doctrine de Gabba et de Roubier, il faut remarquer encore la doctrine de Friedrich Affolter[33]. Le doyen de l’Université de Heidelberg, Allemagne, refuse l’expression « rétroactivité », vu que la loi, sauf en cas très spécifiques, ne doit pas être rétroactive.

Selon l’auteur allemand, il n’existe d’opposition fondamentale qu’entre deux situations, d’une part l’exclusion, et d’autre part la survie de la loi ancienne. Le principe, à ses yeux, c’est la survie de la loi ancienne aux situations en cours.

Mais il y a d’assez nombreux cas où la loi ancienne est exclue, cependant cette exclusion doit être prononcée par le législateur et s‘appuyer sur des motifs

32 Paul Roubier. *Distinction de l’effet rétroactif et de l’effet immédiat de la loi*, *in* RTD civ. 1928, p. 587.

33 L’auteur a écris deux grands ouvrages sur le sujet : d’abord, en 1902, *Geschichte des Intertemporalen Privatrechts* et, ensuite, en 1903, *System des Deustchen Burgerlichen Ubergangsrechts*, tous les deux publiés en Leipzig, Allemagne.

sérieux. Quant à la rétroactivité, tout simplement une forme aggravée de l'exclusion, c'est l'exclusion s'appliquant à des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi, et cette exclusion-là peut être encore plus ou moins accentuée, elle peut respecter les « *causae finitae* », c'est-à-dire les affaires éteintes par jugement ou transaction, ou au contraire être tout à fait radicale. Il y a ainsi plusieurs degrés d'exclusion d'une loi ancienne ; la rétroactivité n'est qu'un de ces degrés et, selon lui, il n'y a pas lieu d'en faire une catégorie distincte dans la science.

En effet, ni la règle de la rétroactivité posée par la notion de droits acquis de M. Gabba, ni la règle de l'application immédiate de la loi nouvelle de M. Roubier, ni la règle de la survie de la loi ancienne de M. Affolter, ne peuvent être érigées comme une règle absolue de droit transitoire. Dans certaines hypothèses, la notion de droit acquis doit réussir, dans d'autres, la survie de la loi ancienne doit prévaloir, et encore, parfois l'application immédiate de la loi nouvelle doit être applicable.

Ce sont ces hypothèses qu'il s'agit justement de distinguer. Les principes existent et ils ne sont pas contradictoires, on doit seulement savoir les appliquer au cas par cas, selon les principes de droit.

vi. Les autres branches du droit. Il faut encore remarquer la dimension internationale de ce sujet. La Cour européenne des droits de l'homme contrôle l'intervention de l'État par l'article 6 de la Convention (droit à un procès équitable) et, sur le fondement de l'article 1 Protocole 1 (droit de chacun au respect de ses biens), protège les droits de créance qui pourraient être remis en cause de manière rétroactive par le législateur, ou à travers des lois d'application immédiate par rapport aux relations contractuelles[34].

Le conflit des lois dans le temps joue aussi un rôle important dans les autres branches du droit, en particulier dans le droit pénal où le conflit de lois dans le

34 Sur ce sujet, voir l'article « *Le Code civil et la Convention européenne des droits de l'homme »*, Anne Debet. *in 1804 - 2004 Le Code civil, un passé, un présent, un avenir* ; Dalloz, Paris, 2004.

temps gagne un caractère constitutionnel. L'article 8 de la Déclaration des droits de 1789, à laquelle renvoie le Préambule de la Constitution de 1946 et celui de la Constitution de 1958, prévoit la non-rétroactivité de la loi pénale au détriment de l'accusé ou du condamné. L'article 7 de la Convention Européenne des droits de l'homme se prononce dans le même sens.

En effet, la rétroactivité de la loi pénale n'est admise qu'au bénéfice de l'accusé ou du coupable. Les lois pénales moins sévères, qui suppriment ou adoucissent une pénalité, s'appliquent à l'accusé ou au coupable même si elle n'était pas la loi applicable au jour de l'infraction. Cela est conforme à l'idéal de justice d'appliquer des peines atténuées même pour les infractions intérieures à la loi, puisque le législateur a estimé que ces peines étaient excessives[35].

Dans les autres branches du droit, la théorie de Gabba et la théorie de Roubier supra mentionnées partagent encore la doctrine et la jurisprudence française. Dans divers pays, l'une ou l'autre théorie ont été adoptées par les lois ordinaires ou même par la constitution, mais il est évident que, même dans ces pays, les deux théories partagent les jugements du juge de fond et de la doctrine.

vii. La position du problème. Le conflit des lois dans le temps gagne encore plus d'intérêt lorsque la situation juridique formée dans l'empire de la loi ancienne et qui se déroule dans l'empire de la loi nouvelle est un contrat.

En effet, le contrat est, dans notre droit moderne, l'un des instruments les plus importants, car, pour correspondre aux volontés des parties, il accompagne l'évolution de la société même en ses actes les plus complexes. On peut dire, ainsi, que, dès que l'on aborde le domaine du contrat, un acte de volonté libre, un choix immense est ouvert aux particuliers.

Le contrat est le lien de rencontre des volontés, créant des obligations qui ont pour

35 TERRÉ, François. *Introduction Générale au Droit* ; 6ème édition, Dalloz, Paris, 2003, p. 422.

but le transfert de richesse, et le respect de ces volontés est impératif. Le respect de la volonté contractuelle constitue une protection des libertés de l'être humain et un élément de sécurité juridique, puisque toute personne qui contracte tient compte nécessairement des lois existantes au moment de son action, elle se fie à ces lois qui lui indiquent ce qui est permis et ce qui ne l'est pas, et quelles sont les conséquences qui découlent des contrats formés sous leur empire.

En revanche, d'autres raisons, comme l'ordre public, les bonnes mœurs ou le statut légal, peuvent admettre l'application immédiate de la loi nouvelle, celle qui en principe est la plus moderne et reflète la pensée actuelle de la société. Encore, il peut être de la volonté du législateur d'appliquer immédiatement la loi nouvelle ou même l'appliquer rétroactivement.

La complexité du sujet pose plusieurs questions d'ordre pratique : Doit-on appliquer le régime de la survie de la loi ancienne, en raison de la suprématie de la volonté des parties? Ce principe peut-il être supprimé vis-à-vis de l'ordre public et des bonnes mœurs? Quand est-il possible d'adopter le régime de l'application immédiate de la loi nouvelle ou de la rétroactivité de la loi nouvelle? Comment doit-on faire pour contrôler le législateur et protéger la volonté des parties?

Nonobstant l'enthousiasme de Roubier[36], la difficulté du sujet ne permet pas que la seule application de l'article 2 du Code civil puisse résoudre tous les problèmes. En ce sens, Jean Carbonnier[37] explique que l'article 2 prohibe l'effet rétroactif « d'une loi nouvelle qui ne contient aucune disposition quant à son application dans le temps », mais n'empêche pas la survie d'une loi ancienne ou même la rétroactivité dans certains cas.

viii. La présentation du plan de travail. En effet, le sujet est complexe et exige une étude plus délicate. Ainsi, on analysera d'abord le principe général du droit

36 Paul Roubier. *op. cit.*, p. 91, dit que l'article 2 du Code Napoléon « méritait de prendre place parmi les règles éternelles » de droit.
37 *Droit civil - Introduction - Thémis Droit Privé* ; 24ème édition, PUF, Paris, 1996, p. 208.

transitoire contractuel - la survie de la loi ancienne aux contrats en cours (I) et, après, les exceptions au principe général - l'application immédiate et la rétroactivité de la loi nouvelle (II).

I. Le principe du droit transitoire contractuel

Comme analysé dans l'introduction, plusieurs théories ont été faites pour expliquer le conflit de la loi dans le temps. La plupart de ces théories admettent le principe de la survie de la loi ancienne aux contrats en cours, sous différents fondements.

En effet, l'unique opposition à ce principe dans l'époque moderne est l'œuvre de

Dekeuwer-Defossez[38]. Selon celle-ci, le principe pour les contrats en cours, ce n'est plus[39] la survie de la loi ancienne, mais celui de l'application immédiate de la loi nouvelle.

L'auteur explique que, du point de vue technique, un contrat ce n'est pas différent d'une loi, compte tenue qu'au sens de l'article 1134 du Code civil, le contrat a les mêmes effets qu'une loi. Ainsi, étant comme une loi, la règle de droit transitoire est la même que celle utilisée pour les situations extracontractuelles, c'est-à-dire l'application immédiate de la loi nouvelle.

Du point de vue pratique, l'auteur expose que la jurisprudence et la doctrine utilisent de plus en plus le principe de l'application immédiate de la loi nouvelle, puisque l'évolution de la société, et par conséquent des contrats, impose l'application de celui-ci.

On comprend les arguments de l'auteur, cependant nous ne sommes pas d'accord. S'il est vrai que la jurisprudence applique de plus en plus immédiatement une loi nouvelle, néanmoins elle refuse aussi souvent de l'appliquer. Encore, l'auteur minimise le rôle de la volonté des parties, fait que pour nous c'est le plus important pour reconnaître une règle de droit transitoire par rapport aux contrats en cours.

Ainsi, on partage l'opinion de la plupart de la doctrine et de la jurisprudence où le principe de droit transitoire, par rapport aux contrats en cours, est celui de la survie de la loi ancienne. Et les motifs pour défendre cette opinion sont nombreux.

Dans cette première partie, s'impose alors l'étude du fondement du principe général du droit transitoire contractuel, à savoir, la survie de la loi ancienne aux contrats en cours (A) et, après, l'étendue de ce principe (B).

38 DEKEUWER-DÉFOSSEZ, Françoise. *Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine* ; bibliothèque de droit privé, tome 151, LGDJ, Paris, 1977, p. 39 et suivantes.
39 Selon l'auteur, pour les contrats en cours d'abord on pourrait considérer la survie de la loi ancienne comme le principe ; néanmoins, en raison de l'évolution de la société moderne, le principe aujourd'hui est celui de l'application immédiate de la loi nouvelle.

A. Le fondement du principe de la survie de la loi ancienne

Nombreux sont les fondements donnés pour justifier le principe de la survie de la loi ancienne aux contrats en cours, soit par la doctrine subjective - classique (1), soit par la doctrine objective - moderne (2).

1. Les fondements de la doctrine Classique

La doctrine classique a posé comme fondement de la survie de la loi ancienne aux contrats en cours le fait que le contrat est un droit acquis, raison pour laquelle la loi nouvelle ne peut pas être applicable.

De toute façon, pour bien comprendre cette conclusion il faut étudier les arguments donnés par Gabba (a) et la définition de droit acquis donnée par la doctrine classique en général (b).

a. Les arguments de Gabba

i. Le fondement. On a étudié dans l'introduction de ce travail que pour la théorie classique la loi nouvelle s'applique même dans les situations juridiques formées sous l'empire de la loi ancienne, dès qu'il n'y a pas de droits acquis.

En effet, pour Gabba, « la raison et la vraie limite de la rétroactivité de la loi ne sont que le respect au droit acquis »[40]. Ainsi, pour la doctrine classique seul le

40 *Op. cit.*, p. 122; *apud* Limongi França. *op. cit.*, p. 153.

droit acquis peut empêcher l'application de la loi nouvelle aux obligations en cours.

En ce sens, la théorie admet que les conventions légalement formées entre les parties caractérisent un droit acquis, puisqu'à partir du moment où les parties accordent une obligation elles acquièrent un droit. Cette conclusion exige une analyse plus profonde de la notion même de droits acquis.

Selon Limongi França[41], Gabba définit le droit acquis comme « tout droit existe comme conséquence d'un fait apte à le produire, en fonction de la loi en vigueur à l'époque où ce fait a été conclu, bien que l'occasion de le faire valoir ne ce soit pas présentée avant l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi sur ledit fait ; et que selon le texte de la loi en vigueur lors de la survenance du fait à l'origine, le fait en question est entré d'immédiat dans le patrimoine de l'acquéreur »[42].

D'après Gabba, tout droit provient d'un fait : *jus oritur ex facto*. Le droit acquis c'est tout le droit concret, entré dans le patrimoine, qui est la conséquence d'un fait, capable de l'engendrer suivant la loi du temps où il a eu lieu. Le fait d'où sort le droit, est en soi indifférent, pourvu qu'il ait eu lieu sous l'empire de la loi ancienne. Ce qui importe, c'est la nature de l'avantage qui doit être un droit subjectif, entré dans le patrimoine, et non une simple faculté légale ; il faut donc prendre compte du contenu de la norme juridique[43].

Lorsqu'il pose pour principe que l'on doit respecter les droits acquis, c'est-à-dire les droits subjectifs, inviolables par rapport aux lois nouvelles, Gabba laisse en dehors de son appréciation les faits passés dont les conséquences juridiques ne constituent pas de véritables droits subjectifs, mais bien des droits conditionnels ou des qualités et capacités juridiques des personnes.

41 Limongi França. *op. cit.*, p. 155 et 156.

42 *Todo direito que é consequencia de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo no qual o fato foi consumado, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova sobre o mesmo ; e que nos têrmos da lei sob cujo império se entabulou o fato do qual se origina, entrou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu*.

43 Sur la notion de droit acquis de Gabba, voir les annotations de POPOVILIEV, M.. *in Le Droit Civil Transitoire ou Intertemporal, sa nature juridique, sa règle générale et sa place dans la législation, in Revue Trimestrielle du Droit Civil*; Paris, 1908.

Ainsi, sur la notion des droits acquis, les effets d'un contrat sont régis par la loi en vigueur à l'époque où il a été passé. Il est normal donc, de ne pas appliquer la loi nouvelle aux effets de ces contrats ; ils continueront d'être régis par la loi ancienne et les raisons de cette solution sont multiples[44].

ii. Les arguments. D'abord, Gabba expose que l'histoire démontre les motifs de la survie de la loi ancienne aux contrats en cours[45]. En effet, la survie de la loi ancienne se justifie, d'une part, dans la nécessité du maintien de la confiance dans la loi, et la nécessité à la fois politique, juridique et logique de la survie de la loi ancienne. D'autre part, puisque l'État même se mettrait en question ou en contradiction si, en tant que société permanente ou perpétuelle, il privait de sa protection les créations d'un ordre juridique antérieur, simplement parce qu'elles ne répondent plus à l'ordre juridique actuel, lequel sera un jour également supprimé et remplacé par un autre.

Ensuite, il faut remarquer que l'ordre juridique absolu de l'État est indivisible et éternel ; tous les faits et rapports de droit son égaux, de quelque ordre juridique relatif qu'ils proviennent, et doivent être également reconnus et protégés. Ainsi, il faut que l'on les apprécie suivant l'ordre juridique relatif sous l'empire duquel ils sont nés et dont ils portent l'empreinte.

Enfin, c'est le présent de l'ordre juridique ou l'ordre juridique actuel qui doit régir les actes juridiques nés actuellement et les rapports de droit commençant actuellement ; et pour ceux-ci, les futurs changements de législation n'existent pas et ne peuvent rien disposer à leur égard.

Ainsi explique François Terré[46], « décider que le contrat échappe en principe à la loi nouvelle ne signifie en aucune façon un quelconque supériorité de l'un sur

---

44 La jurisprudence en ce sens est très nombreuse, raison pour laquelle on dispense les citations.
45 Limongi França. *op. cit.,* p. 151/161.
46 *Op. cit.*, p. 420.

l'autre. La force obligatoire ne vient pas, en effet, de la promesse mais de la valeur attribuée à la promesse. La loi ne s'incorpore pas au contrat, elle le régit ».

iii. Les critiques. Paul Roubier refuse le fondement donné par Gabba pour la survie de la loi ancienne. Selon l'auteur[47] « la doctrine des droits acquis, que nous avons rejeté dans la théorie de la non-rétroactivité, est malheureusement encore moins satisfaisante dans la théorie de l'effet immédiate de la loi. Ce qu'il faudra expliquer, en effet, c'est pourquoi les droits nés d'un contrat, et eux seuls, échappent à l'action immédiate de la loi nouvelle ».

De toute façon, même M. Roubier[48] expose que « dans la doctrine des droits acquis, les respect des contrats en cours ne semble pas difficile à expliquer ; les droits que les parties tiennent, l'une à l'encontre de l'autre, d'un contrat sont, tout naturellement, des droits acquis, et par conséquence ne sont pas mis en échec par la loi nouvelle, à moins de volonté contraire du législateur ».

Ainsi analysés les arguments de Gabba pour la survie de la loi ancienne aux contrats en cours, il faut vérifier la définition de droit acquis en doctrine.

b. La notion de droits acquis en doctrine

La notion de droit acquis a été, et est encore, largement discutée en doctrine[49]. Au cours de cette partie on essayera de montrer les différentes définitions de droits acquis en doctrine, afin de démontrer que le contrat caractérise un droit acquis et, alors, la loi nouvelle ne peut pas être, en principe, applicable en ses relations.

47 *Op. cit.,* p. 385.
48 *Op. cit.*, p. 385.
49 Sur ce point, il faut remarquer que l'on n'a pas eu l'opportunité de lire tous les auteurs ici mentionnés. Les informations ont été obtenues à travers des ouvrages lus pour l'élaboration de ce mémoire, plutôt dans les ouvrages de Limongi França, *op. cit.*, Carlos Maximiliano, *op. cit.*, Paul Roubier, *op. cit.*, et Sylvian Mercoli, *in La rétroactivité dans le droit des contrats* ; Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-Marseille, 2001.

i. Les anciens auteurs français. D'abord, on a les anciens auteurs français qui ont l'idée de droit acquis fondée sur la notion de propriété et le lien entre le droit et le sujet. C'est de la nature du lien, de la mesure de l'accomplissement des éléments de fait acquisitifs et du caractère irrévocable du droit que le critérium du droit acquis doit être tiré.

Une fois que le bien appartient au patrimoine de quelqu'un, dès que son exercice dépend exclusivement de la volonté de celui-ci, on a un droit acquis. On l'oppose à la simple expectative, espérance, attente ou intérêt, c'est-à-dire, à l'avantage que nous ne possédons pas encore et dont l'exercice ne dépend pas seulement de nous-même, mais aussi de la volonté d'une autre personne. Ainsi, selon cette école, le droit de créance provenant d'un contrat est un droit acquis, tandis que la possibilité de succéder *ab intestat* à son parent est une simple expectative.

Selon Merlin de Douai[50], « il y a un principe général de que les lois n'ont pas d'effet rétroactif », ainsi il faut obéir les droits acquis qui sont ceux qui sont entrés dans notre patrimoine et que ne peuvent plus en être retiré par l'ancien propriétaire.

D'après Mailher de Chassat[51], la loi ne peut pas être rétroactive. Sur la notion de droit acquis, il la définit comme « le droit résultant toujours de faits accomplis ou consommés » qui appartient au patrimoine du titulaire.

Demolombe[52] mentionne que la règle de la non-rétroactivité de la loi est suffisamment enracinée dans l'esprit et que « chacun la comprend comme par instinct », raison pour laquelle il ne faut pas poser des règles rigides et invariables sur le sujet. Pour l'auteur, un droit acquis est celui dont on s'est approprié et qu'un

50 DOUAI, de Merlin. *Effet Rétroactif*, *in Répertoire de Jurisprudence* ; vol. V, p. 533 - 606, 5ème édition, Paris, 1827 ; *apud* Limongi França, *op. cit.,* p. 130.
51 CHASSAT, Mailher de. *Commentaire Approfondi du Code Civil* ; 2 volume, Paris, 1832 ; *apud* Limongi França, *op. cit.,* p. 136.
52 DEMOLOMBE, C.. *Cours de Code Napoléon* ; I, p. 44 - 45, Paris, 1880 ; *apud* Limongi França, *op. cit.,* p. 139.

tiers ne peut pas nous soustraire.

Baudry-Lacantinerie[53] dit que « le droit acquis c'est l'avantage qui ne peut nous être ravi ni par celui de qui nous le tenons ni par un tiers ». Dans le même sens se pose la définition de Blondeau[54].

ii. Savigny. Ensuite, on a les auteurs, comme Savigny, qui défendent aussi la notion de droit acquis fondée sur le droit subjectif, mais excluent de ces droits acquis les règles relatives à l'existence ou inexistence des droits ou leur mode d'existence.

Pour Savigny, la règle du respect des droits acquis et la règle de non-rétroactivité ne sont que deux aspects d'un seul et même principe, car, s'il y a des lois qui peuvent léser des droits acquis sans être rétroactives, il y a, par contre, des lois rétroactives qui ne lèsent aucun droit acquis.

Selon cet auteur[55], « le droit acquis est tout le droit fondé en un fait juridique déjà réalisé, mais qui ne s'est pas encore fait valoir », et, encore, ce sont les éléments constitutifs d'une sphère de domination qui constituent les droits acquis.

iii. Lassalle. Encore, on a les auteurs qui prennent en considération comme droit acquis même les règles relatives à existence ou mode d'existence d'un droit[56], comme Lassalle.

Selon Lassalle[57], toutes les lois peuvent être rétroactives dès qu'elles ne touchent pas les actes de volonté des parties et les droits acquis. Encore, il fait mention que

53 BAUDRY-LACANTINERIE. *Précis de Droit Civil* ; I, p. 29; *apud* Popoviliev, *op. cit.*, p. 481.
54 BLONDEAU. *Dissertation sur l'effet rétroactif des lois* ; publié dans Thémis, VII ; *apud* POPOVILIEV, *op. cit.*, p. 139.
55 SAVIGNY. *Sistema del Diritto Romano Attuale* ; traduction en italien de Scialoja, VIII, p. 369 - 545, Turin, 1898 ; *apud* Limingi França, *op. cit.*, p. 143.
56 Il faut remarquer que l'italien Gabba appartient à ce courant. Néanmoins, vu sa reconnaissance il a été analysé séparément et est considéré comme l'auteur le plus important de toute la théorie classique.

la notion de droit acquis et de non-rétroactivité appartient au domaine du droit naturel.

Pour cet auteur, dans une société organisée tout homme doit pouvoir accomplir ses actes en pleine connaissance de leurs conséquences. Si la loi nouvelle pouvait modifier les effets des actes des individus, il n'y aurait plus de sécurité dans leurs transactions humaines. Et c'est pour cela que la loi nouvelle ne peut pas toucher les actes libres de l'être humain réalisés sur l'empire de la loi ancienne, même que ses effets soient produits après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle.

iv. La doctrine en général. Enfin, il y a les auteurs qui considèrent presque tous les droits subjectifs comme un droit acquis. Pour eux, la loi nouvelle n'atteint pas les droits acquis qui sont tous les droits subjectifs, sauf les droits issus des lois relatives aux droits personnels, lois impératives et prohibitives, enfin celles qui n'auraient pas atteint leur but sans une application immédiate.

Selon Zachariae[58], la notion de droit acquis se trouve dans la notion de faits accomplis. Il faut tenir compte du fait que la rétroactivité c'est une atteinte à la liberté et aux droits de l'homme. Pour lui, l'application immédiate de la loi nouvelle est une forme de rétroactivité moins grave[59].

D'après Popoviliev[60] « on pourrait considérer comme un droit acquis celui qui nous appartient d'une manière définitive et ne peut plus nous être ravi » où le caractère distinctif du droit acquis serait alors le lien entre le droit et le sujet de droit. « Mais, il serait tout aussi naturel d'entendre par droit acquis le droit appartenant à une personne déterminée par opposition à la faculté juridique que le droit objectif

57 LASSALLE, Ferdinand. *Théorie Systématique des Droits Acquis* ; traduction en français de Charles Andler, Paris, 1904 ; *apud* Limingi França, *op. cit.*, p. 144.
58 ZACHARIAE, K. S.. *Le Droit Civil Français* ; traduction en français de Massé et Vergé, I, p. 34 et suivantes, Paris, 1854 ; *apud* Limongi França, *op. cit.,* p. 149. Encore, selon l'auteur brésilien, l'œuvre de Zacharie a inspiré Aubry et Rau, qui adoptent la même position.
59 Plusieurs auteurs partagent ce point de vue, en spécial F. Affolter.
60 *Op. cit.*, p. 480.

reconnaît à toute personne ou à une classe de personnes ».

v. Conclusion. Il est intéressent d'observer que, d'une façon générale, l'évolution de la doctrine des droits acquis tend à l'élargissement continuel de la notion du droit acquis et, respectivement, à la limitation de l'effet de la loi quant au passé[61].

En effet, on s'aperçoit que plusieurs systèmes ont été défendus pour expliquer le droit acquis. D'abord, on a des auteurs qui voient le caractère essentiel de la notion de droit acquis dans la nature du lien juridique formé entre le sujet du droit et le droit même, ainsi que dans le caractère irrévocable du droit. Ce lien doit, selon ces auteurs, exister nécessairement pour qu'on puisse parler d'un droit acquis.

Encore, on a les auteurs qui remarquent l'importance de la distinction, d'une part, entre les règles relatives à l'acquisition et à la perte des droits et, d'autre part, les règles relatives à l'existence des droits. Ils ne veulent appliquer le principe du respect des droits acquis, ainsi que celui de non-rétroactivité, que lorsque les premières sont en question.

Ensuite, il y a les auteurs qui partagent la notion de Gabba et prennent en considération l'acquisition même du droit, les éléments du fait acquisitif. Ils cherchent le critérium des droits acquis dans la nature des faits juridiques acquisitifs eux-mêmes et énumèrent les faits qui sont en état de constituer un droit acquis.

Pour finir, on a des auteurs qui voient le critérium des droits acquis dans le contenu du droit subjectif. Ils examinent l'essence des droits subjectifs et déterminent leurs limites en relation aux autres situations juridiques.

Mais, il faut dire que malgré les nombreux travaux doctrinaux, les notions de droit

61 Cette évolution ne démontre que l'histoire refuse l'application rétroactive de la loi nouvelle, selon largement étudié dans l'introduction de ce travail.

acquis et d'expectative demeurent incertaines, à tel point qu'il s'avère « impossible d'appliquer cette classification aux droits d'origine légale, surtout extrapatrimoniaux »[62].

De toute façon, selon M. Carbonnier[63] « c'est la théorie des droits acquis qui paraît s'inspirer ordinairement la Cour de cassation ». Et encore, dans le même sens, M. Ghestin[64] expose que « c'est sous l'influence de la doctrine des droits acquis que la survie de la loi ancienne à l'égard des effets futurs des situations contractuelles s'est imposé en jurisprudence ».

Et cela, parce que, d'après M. Bach[65], c'est « le recours à la notion de droits acquis que permet de trancher tant la question de la rétroactivité ou de la non-rétroactivité de la loi nouvelle, que celle de la survie ou de la non survie de la loi ancienne. On comprend alors que la jurisprudence ne se soit jamais décidée à bannir de son vocabulaire cette notion, infiniment commode pour elle ».

Ainsi, la jurisprudence garde, sous la notion obscure de droits acquis, une liberté d'analyser cas par cas quand elle doit appliquer la survie de la loi ancienne ou immédiatement la loi nouvelle.

Cependant, une fois admise la notion de droit acquis, il n'y a pas beaucoup de problème pour défendre, de ce point de vue, qu'un contrat légalement formé caractérise un droit acquis, fait qui empêche, en principe, l'application immédiate de la loi nouvelle aux contrats en cours.

2. Les autres fondements du principe

---

62 Dekeuwer-Defossez, *op. cit.*, p. 9.
63 *Op. cit.*, p. 208.
64 *Op. cit.*, p. 333.
65 BACH, Eugène Louis. *Contribution à l'étude du problème de l'application des lois dans le temps, in Revue Trimestrielle du Droit Civil*; Sirey, Paris, 1969, p. 466.

Nonobstant leurs différences avec la doctrine classique (subjective) en quelques points spécifiques de cette matière, la plupart des théories modernes défendent aussi le principe de la survie de la loi ancienne. Néanmoins, le fondement donné à ce principe change selon le courant adopté.

Ainsi, d'abord on analysera les divers fondements donnés par la doctrine objective en général (a), pour, ensuite, analyser le fondement de la doctrine moderne de Roubier (b).

a. La doctrine objective en général

Dans la doctrine objective, les auteurs prennent en considération non les conséquences juridiques qui se produisent quant aux sujets dont la loi règle les rapports, mais l'effet de la loi en général, c'est-à-dire son action sur les faits qui, grâce à elle, engendrent certaines conséquences juridiques.

i. Chironi. La première doctrine objective naît en Italie, à fa fin du XIXème avec Chironi[66]. D'abord, l'auteur admettait la notion de Demolombe, et définissait un droit acquis comme « l'effet ou la conséquence d'un fait passé sous l'empire de la loi antérieur ». Cependant, ensuite, il a abandonné la notion de droit acquis, en mettant en place la notion de *fatto compiuto*[67].

Selon l'auteur, succédant la loi, la force obligatoire de la loi nouvelle impose qu'elle doit être applicable en toutes les situations, sauf aux faits accomplis, cela vaut dire la *causae finitae*, compte tenu que le fait s'est produit entièrement dans le passé, comme par exemple la formation d'un contrat[68].

66 CHIRONI. *Trattato di Diritto Civile Italiano* ; I, Rome, 1904; *apud* Popoviliev, *op. cit.*, p. 487.
67 Traduction : Fait accompli. Il faut remarquer que Mailher de Chassat avait déjà utilisé cette expression pour définir droit acquis, néanmoins Chironi l'utilise avec un autre sens.
68 En effet, cette théorie ne s'éloigne pas de la théorie subjective de Savigny *supra* analysée.

ii. Vareilles-Sommières. Ensuite, une théorie semblable a été proposée par M. de Vareilles-Sommières[69]. Selon l'auteur, la loi n'est pas rétroactive, et donc acceptée quand elle supprime ou modifie pour l'avenir l'un de nos droits non pas en raison d'un fait passé, mais en raison de ce droit pris en soi ou encore en raison de notre état actuel, de notre âge actuel etc..

En revanche, elle est rétroactive quand elle efface dans le passé les effets déjà produits ou quand elle supprime ou modifie pour l'avenir l'un de nos droits en raison d'un acte passé, comme un contrat légalement constitué.

Sur la notion de Vareilles-Sommières, d'autres auteurs ont proposé une nouvelle théorie. Celle-ci consiste à voir dans les lois qui organisent la structure juridique d'un contrat autant de stipulations faites par les parties que par le législateurs. Autrement dit, il y a des contrats tacites entre les parties pour régler la situation juridique d'après la législation en vigueur. La théorie assimile la loi du jour de la formation du contrat à un contrat tacite, lorsque les contractants se dispensent souvent d'insérer dans leur convention ce qui se trouve déjà dans la loi.

Pour cette théorie, comme les dispositions expresses d'un contrat ne sauraient pas être contrariées par une loi nouvelle sans qu'il y ait rétroactivité, la législation ancienne ne peut pas non plus être contrariée, puisqu'il y a une stipulation tacite entre les parties sur cette législation, pour qu'elle soit applicable en cas de défaut de stipulation expresse.

Ainsi, pour être certain de se conformer à l'intention des parties, qui est souveraine, il est nécessaire que les dispositions légales qui étaient en vigueur au jour de la formation du contrat continuent à gouverner tous ses effets.

Du principe que la loi qui modifie la forme d'un acte juridique ne s'applique pas, même que pour l'avenir, aux actes de ce genre antérieurement accomplis, ces

69 L'article dénommé « Une Théorie Nouvelle sur la Rétroactivité des Lois », *in Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*; XXII, Paris, 1893.

auteurs conclurent que toute loi purement déclarative de la volonté des parties dans un contrat ne doit pas être appliquée aux contrats de cette sorte précédemment consentis. En effet, on aboutirait, en la leur appliquant, à frapper d'inefficacité pour l'avenir un certain pacte uniquement parce qu'il a été tacite et que le même pacte, sous la loi nouvelle, doit être exprès[70].

iii. Planiol. Ensuite, M. Planiol, opposé à la notion de droit acquis, a proposé une autre théorie pour expliquer le conflit des lois dans le temps. Selon cet auteur[71], la loi est rétroactive quand elle revient sur le passé soit pour apprécier les conditions de légalité d'un acte, soi pour modifier ou supprimer les effets d'un droit déjà réalisé. Hors de là, il n'y a pas de rétroactivité, et la loi peut modifier les effets futurs de faits ou actes même antérieurs sans être rétroactive.

L'auteur ajoute que « le législateur ne nous garantit nullement l'exercice indéfini dans l'avenir de nos droits actuels ; ces droits n'existent et ne durent qu'autant que la loi qui les régit et qui les permet ; ils doivent subir l'effet de tout changement de législation »[72].

Pour Planiol, le principe de non-rétroactivité repose sur l'intérêt général, qui exige que ce qui a été fait régulièrement sous l'empire d'une loi, comme un contrat, soit considéré comme valable et par conséquent soit stable même avec le changement de législation.

iv. Affolter. La théorie de Friedrich Affolter[73] explique qu'il y a deux règles sur ce sujet. La première c'est la règle fondamentale selon laquelle les faits et rapports juridiques sont régis par la loi sous l'empire de laquelle ils sont nés, même lorsque cette loi est abrogée et remplacée par une autre, l'effet matériel de l'ancienne loi

70 Il faut remarquer que Vareilles-Sommières, à la fin, a admis cette nouvelle théorie proposée à raison de sa propre théorie.
71 PLANIOL. *Traité élémentaire de droit civil* ; tome I, 5ème édition, refondu et complété par Georges Ripert et Jean Boulanger, LGDJ, Paris, 1954.
72 *Apud* Popoviliev. *op. cit.*, p. 486.
73 *Op. cit.*.

continue. La seconde c'est la règle que permet que la loi nouvelle puisse être applicable, selon le sentiment juridique ou le législateur.

Ainsi, pour cet auteur, par rapport aux contrats en cours, on doit appliquer la règle fondamentale, selon laquelle toutes les situations juridiques en cours doivent être réglées par la loi ancienne.

v. Théorie publiciste. Les publicistes G. Jèze[74] et L. Duguit[75] font recours à la distinction des situations légales et des situations individuelles pour fonder la survie de la loi ancienne aux contrats en cours. Comme situations légales on a toutes les hypothèses qui se déroulent à cause d'une loi, même celles prévues dans un contrat, car ce ne sont pas toutes les prévisions dans un contrat qui découlent nécessairement de la volonté des parties, parfois on a des prévisions légales dans un contrat.

En revanche, comme situations individuelles on a les situations déterminées exclusivement par l'individu, autrement dit, un acte individuel de volonté, qui ne représente pas nécessairement un contrat, nonobstant qu'il s'agit très souvent d'une situation contractuelle.

Ainsi, ils exposent que l'on doit appliquer la loi ancienne aux situations contractuelles en cours, non pas parce qu'il s'agit d'un contrat, mais parce que toute situation individuelle, faite selon le droit positif en vigueur, mérite le respect de la loi nouvelle ; autrement dit, on doit protéger la volonté individuelle, parce que son étendue a été déterminée par un acte intellectuelle, qui, au moment où il s'est produit, était conforme au droit objectif[76].

---

74 Voir l'article publié dans la *Revue de Droit Public*, 1913, p. 61 et ses ouvrages *Cours de Droit Public* ; 1921, p. 111, et *Les Principes Généraux du Droit Administratif* ; 1914, p.10.
75 Voir l'ouvrage *L'État, le droit objectif et la loi positive* ; Dalloz, Paris, 2003 ; et *La non-rétroactivité des lois et l'interprétation des lois* ; in *Revue de Droit Public* ; Paris, 1910.
76 En effet, on s'aperçoit qu'il existe un lien entre la notion publiciste et la notion de droit acquis défendue par M. Lassalle et M. Gabba, où ce qu'il faut protéger, soit par la voie subjective (théorie des droits acquis), soit par la voie objective (théorie moderne), c'est le contenu d'un acte volontaire. De même on va trouver le raisonnement de Paul Roubier pour défendre la survie de la loi ancienne aux contrats en cours.

Par rapport à la théorie de Jèze et Duguit, Roubier se demande si « est-il vrai de dire que les situations contractuelles ne peuvent être touchées par les lois postérieures, pour cette raison qu'elles sont déterminées dans l'objet des prestations envisagées, dans leur étendue et dans les personnes auxquelles elles s'imposent, par une opération intellectuelle des parties à l'acte? ».

Et lui même répond « qu'il n'y aurait point de garantie pour les rapports de droit si le législateur pouvait modifier l'étendue de ces rapports, telle qu'elle a été déterminée par des particuliers »[77].

Selon cette théorie, ce qu'il faut protéger c'est simplement le contenu concret d'un acte volontaire ; et si la loi nouvelle ne peut pas y toucher, c'est simplement parce qu'une loi ne peut pas organiser directement des situations juridiques semblables. Une loi doit s'exprimer en termes généraux et abstraits, identiques pour toutes les situations de même sorte, elle ne peut donc pas créer des situations juridiques ayant un contenu variable, comme celles qui sont déterminées par des actes volontaires. Du moment que la loi ne peut pas créer directement de situations de cette sorte, il tombe sous le sens qu'elle ne saurait avoir d'influence sur celles qui ont été précédemment créées.

vi. Théorie fondée sur l'article 1134 du Code civil. Enfin, on trouve comme fondement de la survie de la loi ancienne une conception fondée sur l'article 1134 du Code civil[78]. Selon ce courant la convention a une autorité égale à celle de la loi, en ajoutant que le caractère obligatoire de la convention est même, parfois, plus fort que celui de la loi.

En effet, les clauses de la convention continuent de lier les parties, même quand une loi nouvelle viendrait à en modifier d'une façon générale l'effet juridique. En d'autres termes, la loi que les parties se sont faite continue à s'appliquer entre

77 Paul Roubier. *op. cit.,* p. 386.
78 Article 1134 : Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.

elles, malgré les dispositions contraires postérieurement édictées par le législateur.

Après l'analyse des autres fondements donnés par la théorie objective, il faut étudier le fondement donné par la théorie moderne de Paul Roubier, la plus reconnue des doctrines objectives.

b. La doctrine « moderne » de Roubier

i. Le fondement. L'ancien doyen de l'Université de Lyon a le mérite d'avoir bâti un système nouveau[79] à l'époque et cohérent de conflit de lois dans le temps par rapports aux contrats en cours, à partir de deux principes complémentaires : le principe de non-rétroactivité de la loi nouvelle sur les faits accomplis et celui de l'effet immédiat de la loi nouvelle sur les situations juridiques en cours lors de sa promulgation.

Selon Paul Roubier[80], « le contrat, par lequel les parties exercent ce choix, constitue un acte de prévision ; les contractants, qui y relient leurs intérêts, savent ce qu'ils peuvent attendre du jeu des clauses expresses de l'acte, ou encore de la loi. Il est évident que ce choix serait inutile, si une loi nouvelle, modifiant les dispositions du régime en vigueur au jour où le contrat fut passé, venait apporter un bouleversement dans leurs prévisions. Lorsque deux personnes se marient, lorsqu'une personne acquiert un usufruit ou une hypothèque, il y a bien sans doute un fait volontaire à la base, mais la volonté des intéressés sait qu'elle n'a d'autre choix que celui de suivre ou non le régime de la loi ; au contraire, lorsque deux personnes passent une vente ou un louage, elles savent qu'elles peuvent insérer telles clauses, conditions ou modalités dans l'acte, et, si elles attendent quelque chose de la loi, c'est seulement une protection complémentaire pour ce qu'elles auraient omis de prévoir ou dénoncer ».

---

79 Nonobstant la proximité de la théorie de Léon Duguit. *op. cit.*, apparue en 1910.
80 *Op. cit.*, p. 391.

En effet, il existe des dispositions légales de caractère impératif mais elles ne doivent pas avoir effet sur les contrats en cours. « Les lois nouvelles ne peuvent pas revenir sur le choix qui était accordé aux parties au jour où le contrat fut passé : ce choix avait un sens, celui de permettre aux contractants d'établir leurs prévisions et il serait insupportable que lorsque les parties se sont ainsi fixées sur un type juridique donné, la loi, démentant ces prévisions, vienne ordonner autrement leurs rapports contractuels »[81].

Autrement dit, Roubier adopte la distinction des situations légales et des situations individuelles. Il expose que les actes de prévision légalement pris par les parties - situations individuelles -, au jour de la formation du contrat, doivent être respectés par la loi nouvelle. On constate donc que les fondements de Roubier se rapprochent des fondements publiciste de Jèze et Duguit supra mentionnés.

Pour Dekeuwer-Defossez[82], la notion de situation juridique « peut englober tous les rapports entre l'homme et le droit, et permet d'accueillir les transformations opérées par le changement de législation, que la doctrine des droits acquis tend au contraire à repousser. Le passage du droit acquis à la situation juridique est significatif. Il consacre la disparition de l'idée de droit subjectif à protéger. On considère désormais une situation objective, neutre, pourrait-on dire : il s'agit d'un état de droit, susceptible de modification. Dès 1910 Duguit proposait de distinguer entre la situation légale ou situation objective, dont les effets suivent les variations de la loi, et les actes juridiques créant des droits subjectifs qui restent soumis à la loi en vigueur lors de leur conclusion ».

Sur le plan technique, la théorie de Paul Roubier constitue incontestablement un progrès considérable par rapport à celle des droits acquis. Elle représente aussi un changement radical dans la philosophie du droit transitoire. L'individu n'est plus considéré comme titulaire d'un droit qu'il défend contre l'État ; il est placé dans une situation juridique dépendante des règles de droit et leur changement. Il y a,

81 Paul Roubier. *op. cit.*, p. 392.
82 *Op. cit.*, p. 11.

dans ce raisonnement, une prise en considération plus grande de l'intérêt collectif par rapport à l'intérêt individuel, un pouvoir plus important du législateur sur les situations particulières.

Cet aspect de la doctrine de Paul Roubier a vraisemblablement nui à sa diffusion. Beaucoup, parmi les auteurs et les magistrats, séduits par la logique de sa construction ont désiré l'adopter sans abandonner les droits acquis, qui leur semblaient nécessaires à la protection de l'individu.

Le système de statut légal a été reconnu par la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 29 avril 1960, par la première chambre civile, qui a affirmé qu'une loi nouvelle s'applique aussitôt aux effets à venir des situations juridiques non contractuelles en cours au moment où elle entre en vigueur.

ii. L'approche de la doctrine classique. Il faut encore remarquer qu'en réalité le propre argument de la doctrine moderne, qui a beaucoup critiqué la théorie classique, pour admettre la survie de la loi ancienne, est né dans celle-ci.

En effet, la doctrine classique a toujours défendu que les rapports juridiques nés de faits volontaires, supportent beaucoup plus difficilement l'action des lois nouvelles que les rapports juridiques nés de faits involontaires, qui n'ont aucun rapport avec la volonté humaine.

De même, les rapports juridiques dont le contenu et les effets peuvent être déterminés par la volonté des parties résistent beaucoup mieux aux lois nouvelles que les rapports dont le contenu et les effets sont déterminés d'une façon exclusive par la loi.

Telle constatation nous permet de dire qu'en fait la théorie fondée en situations juridiques n'est qu'une évolution naturelle de la théorie classique. Une évolution qui permet d'exclure la notion imprécise de droits acquis, pour la substituer pour

une théorie qui protège aussi les actes de volonté, mais sans le défaut d'être tellement imprécise.

iii. Conclusion. De toute façon, à travers la théorie de Gabba ou à travers des autres théories, la doctrine en général admet le principe de la survie de la loi ancienne aux contrats en cours. C'est ainsi que même les effets des rapports juridiques engendrés par des actes juridiques actifs, actes dont l'effet est déterminé par la volonté des parties, tels les contrats, postérieurs à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle sont jugés, en principe, selon la loi ancienne.

Ainsi, après l'analyse du fondement juridique du principe de la survie de la loi ancienne aux contrats en cours, il faut étudier l'étendue de ce principe, fait qui posera plus de controverse vis-à-vis des différents fondements utilisés pour établir ce principe.

B. L'étendue du principe de la survie de la loi ancienne

Une fois analysé le principe de la survie de la loi ancienne aux contrats en cours, il faut étudier son étendue, soit dans la période précontractuelle (1), soit dans la période contractuelle (2).

1. La période précontractuelle

La survie de loi ancienne aux contrats en cours exige, en principe, un contrat légalement formé. Néanmoins, ce principe peut jouer un rôle important dans la période précontractuelle, soit dans les négociations ou pourparlers (a), soit dans les contrats préparatoires ou préliminaires (b).

a. Négociations et Pourparlers

i. La problématique. Le traitement des situations juridiques en cours de constitution ou d'extinction, lorsque survient une loi nouvelle, ayant pour objet de régler la constitution ou l'extinction de ces situations, constitue l'une des matières les plus délicates du droit transitoire.

Entre l'initiative que constitue l'entrée en pourparlers, ou l'offre, et la conclusion du contrat, se situe souvent une période précontractuelle qui peut être parfois de longue durée. La complexité des contrats modernes, les études qu'ils exigent afin de connaître non seulement les donnés de fait, mais aussi les règles d'ordre public applicables, les autorisations souvent nécessaires, notamment en matière d'urbanisme, se conjuguent pour prolonger la période précontractuelle.

Parfois, cette période émane de la loi[83], comme par exemple l'article 9 de la loi du 12 juillet 1971, relative à l'enseignement à distance, dispose que « à peine de nullité, le contrat ne peut être signé qu'au terme d'un délai de six jours francs après sa réception ».

Cette période ne peut pas rester sans incidence sur le contrat ; c'est à ce moment que se situent les faits susceptibles d'identifier en effet le consentement des parties.

ii. La règle générale. Le principe, selon la théorie moderne, est que tant qu'une situation juridique n'est pas constituée, la loi nouvelle peut modifier les conditions de sa constitution sans qu'il y ait effet rétroactif : il n'y a qu'effet immédiat de la loi.

---

83 On ne peut pas confondre la période précontractuelle légale avec la protection du consommateur qui est assurée par un droit de rétractation d'un consentement déjà donné.

De même, selon la théorie classique, l'acte juridique n'étant pas légalement constitué, on ne peut pas parler de droits acquis et, donc, non plus de la survie de la loi ancienne, on doit alors appliquer naturellement la loi nouvelle.

iii. L'exception à la règle. Cependant, une restriction doit être apportée ; il se peut qu'un ou plusieurs éléments, ayant une valeur juridique particulière, au regard de la formation du contrat, soient déjà réunis, de manière à caractériser un droit acquis ; la loi nouvelle ne pourrait pas atteindre ces éléments dans leurs conditions de validité et dans les effets qu'ils ont déjà produits.

« En face d'une situation juridique en cours de constitution ou d'extinction, les lois qui gouvernent la constitution ou l'extinction d'une situation juridique ne peuvent, sans rétroactivité, atteindre les éléments déjà existants qui font partie de (ou font obstacle à) cette constitution ou cette extinction en tant qu'ils ont une valeur juridique propre, et doivent respecter cette valeur juridique, qu'il s'agisse de leurs conditions de validité ou des effets juridiques qu'ils auraient produits »[84].

Bref, la loi nouvelle agit librement sur la situation en cours, sous la seule condition de respecter les éléments juridiques antérieurs qui auraient une valeur propre, dans leurs conditions de validité et dans les effets qu'ils ont produits antérieurement ; peu importe qu'il s'agisse d'éléments proprement constitutifs ou d'éléments faisant obstacle à la constitution, du moment qu'il s'agit de constitution en cours.

iv. La notion de valeur propre. Ici se pose le problème de savoir quand il y a des éléments juridiques avec « une valeur propre » dans leurs conditions de validité à caractériser un droit acquis. Ni la doctrine classique, ni la doctrine moderne traitent ce sujet de façon suffisamment claire et il nous paraît évident que la notion

84 Bien que la théorie moderne n'admette pas la notion de droits acquis, Paul Roubier est d'accord qu'en certains cas il faut considérer que les actes de constitution déjà produits jouent un rôle tel qu'on ne peut pas les écarter. *In Distinction de l'effet rétroactif et de l'effet immédiat de la loi*, RTD civ. 1928, p. 597.

de « valeur propre » est laissée au cas par cas, selon les particularités.

À notre avis, la notion de valeur propre doit être analysée comme l'élément qui donne à l'accord des volontés une caractéristique de contrat tacite ; c'est-à-dire l'accord de volonté des parties qui, en soi-même, peut constituer un contrat tacite.

Ainsi, si les parties accordèrent les conditions, plutôt objet et prix, d'une vente de marchandise, même si le contrat n'a pas été rédigé avant le changement de la loi, ces conditions ne peuvent être touchées par la loi nouvelle, car il y avait un contrat tacite entre les parties.

De toute façon, les parties doivent démontrer la conformité de volonté avant la loi nouvelle et que les conditions préétablies étaient d'accord avec la loi ancienne, pour voient les volontés respectées.

Ainsi, la volonté des parties reste préservée au changement des lois, selon ce que prescrivent les théories classique et moderne.

b. Contrat préliminaire ou préparatoire

Divers contrats peuvent être conclus au cours de la période pré- contractuelle ; certains visent à un aménagement temporaire des relations entre les parties, comme le maintien du secret quant à la communication d'un contrat de savoir-faire, portant sur la prise en charge de son coût ou des études préalables ; d'autres ont directement pour objet la formation du contrat définitif dont ils constituent une étape. On peut distinguer entre les promesses de contrat et les contrats préparatoires.

Il peut y avoir promesse de contrat unilatérale ou réciproque. La promesse est unilatérale lorsque seul le promettant s'oblige à conclure le contrat, par exemple

vendre un immeuble ; elle est réciproque ou synallagmatique lorsque les deux parties s'engagent mutuellement à conclure le contrat, comme la vente et l'achat d'un immeuble.

i. La promesse unilatérale de contrat. Il s'agit, malgré son nom, d'un contrat, autonome et spécifique, qui a par but de faciliter la conclusion du contrat définitif. Il consiste à fixer l'offre dont l'acceptation ultérieure, par le bénéficiaire de la promesse, formera le contrat définitif. Le bénéficiaire dispose ainsi d'une faculté, d'un choix, d'une option. L'application la plus courante de cette technique juridique est la promesse de vente d'un immeuble, qui précède la conclusion du contrat définitif en raison des informations que l'acheteur d'un immeuble doit réunir avant de s'engager.

On peut rattacher à cette promesse les contrats dits de « réservation », par lesquels on réserve des places d'avion ou train, ou, encore, quand une entreprise propose un contrat, se réservant la faculté de ne pas donner suite, selon le nombre d'adhérents.

La promesse unilatérale se distingue des pourparlers et de l'offre, il s'agit d'un véritable contrat dont l'objet est de fixer l'offre pendant un délai convenu. Le bénéficiaire de la promesse dispose immédiatement d'un droit éventuel, qui peut, sauf clause contraire, être l'objet d'une cession. L'auteur de l'offre est d'ores et déjà lié par sa promesse, s'il refusait son concours pour la rédaction du contrat définitif, le bénéficiaire pourrait obtenir une décision judiciaire qui remplacerait le contrat définitif.

Comme on a déjà dit, la promesse unilatérale se distingue nettement de l'offre ; celle-ci, lorsqu'elle est assortie d'un engagement de la maintenir un certain temps, présente également un caractère obligatoire, mais sa force est plus incertaine. La promesse de contrat, en revanche, est un contrat qui doit être exécuté comme tel.

Ainsi, s'agissant d'une promesse unilatérale la loi nouvelle ne peut pas portée atteinte à la volonté des parties, qui continue a être régie par la loi du jour de sa formation.

La Cour de cassation[85] a jugé que la vente était parfaite dès la levée de l'option, malgré l'affaiblissement des facultés mentales qui avait empêché le vendeur de signer l'acte authentique. Ainsi, implicitement elle a accordé la valeur contractuelle à la promesse unilatérale de façon à faire appliquer la règle de la survie de la loi ancienne aux promesses unilatérales de contrats.

ii. La promesse réciproque de contrat. Il s'agit d'un engagement réciproque de conclure un contrat définitif. On ne peut pas confondre l'acceptation de la faculté d'opter, qui forme la promesse unilatérale, et l'acceptation de l'offre, qui forme la promesse synallagmatique.

Selon l'analyse classique, la promesse réciproque est un contrat comportant simplement une condition ou un terme. L'article 1589 du Code Civil pose que la promesse de vente vaut vente lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix.

Mais dans nombreuses hypothèses la promesse réciproque se ramène difficilement à une vente pure et simple. Il en est ainsi, lorsque les parties ont entendu subordonner celle-ci à l'obtention d'une autorisation administrative. Il est admis généralement que le contrat est formé, son exécution étant seulement subordonnée à un terme ou à une condition suspensive[86].

La Cour de cassation, dans un arrêt rendu par la première chambre civile, le 14 janvier 1987, a exposé que la vente est parfaite entre les parties dès qu'on a convenu de la chose et du prix et le défaut d'accord définitif sur les éléments

85 Troisième chambre civile, le 7 janvier 1982.
86 Le principe de la survie de la loi ancienne aux contrats qui contiennent une clause suspensive, conditionnelle ou à terme sera analyse après (I.B.2.a.).

accessoires de la vente ne peut pas empêcher le caractère parfait de la vente.

Ainsi, la Haute juridiction a considéré comme un contrat la promesse réciproque de contrat, fait qui impose l'application du principe de la survie de la loi ancienne aux promesses réciproque de contrat.

iii. Le contrat préparatoire. Il en va de même pour les contrats préparatoires par rapport à la loi applicable. Il est possible de distinguer les contrats préparatoires entre accords de principe et accords partiels.

D'abord, les accords de principe font naître une obligation contractuelle de négocier de bonne foi sur les bases convenues. On peut définir l'accord de principe comme l'engagement contractuel de faire une offre ou de poursuivre une négociation en cours afin d'aboutir à la conclusion d'un contrat, dont l'objet n'est encore déterminé que de façon partielle et en tout cas insuffisante pour que le contrat soit formé. L'accord de principe ne peut jamais tenir lieu de contrat définitif.

Ainsi, par rapport à l'applicabilité de la loi nouvelle, les accords de principes ne posent pas de difficulté, car ils n'ont pas un objet à protéger. Il sera la loi applicable au jour de la formation du contrat principal qui sera utilisée pour analyser leurs effets juridiques.

Ensuite, les accords partiels sont les accords que les parties ont entendu pour subordonner la formation du contrat définitif à une condition essentiel. Leur force obligatoire dépend de la volonté des parties ; d'une façon générale la jurisprudence considère que les parties n'ont voulu marque qu'une étape dans la négociation du contrat définitif et n'ont pas entendu s'obliger avant que celui-ci ne soit formé.

Dans la pratique des affaires, cependant, les parties, lorsqu'elles estiment avoir atteint un point de non-retour, peuvent conclure un accord définitif sur les points

acquis, en renvoyant les éléments complémentaires à des conventions annexes et en prévoyant l'arbitrage d'un tiers pour régler des divergences éventuelles. Ainsi, dans ce cas, on a un contrat légalement formé et le principe de la survie de la loi ancienne doit jouer son rôle comme il joue pour tous les contrats.

Enfin, il faut bien distinguer les effets de ces « contrats » et les effets légaux, qui seront analysés dans la seconde partie de ce travail. Aussi, il s'impose de noter que les contrats principaux doivent être formés selon la loi en vigueur au jour de leur formation et non la loi applicable au jour de la conclusion du contrat préparatoire. La loi régit le contrat, soit tacite, soit préparatoire, ou encore définitif, formé sous son empire et non pas les contrats successifs formés sous l'empire de la loi nouvelle.

2. La période contractuelle

Comme démontré dans notre analyse précédente, on applique la loi du jour de la formation du contrat aux effet contractuels ; cela c'est le principe de la survie de la loi ancienne aux contrats en cours. Néanmoins, il faut analyser de manière plus profonde le droit transitoire par rapport aux contrats à terme et conditionnels (a) et à la continuation du contrat (b).

a. Les contrats à terme ou conditionnels

i. Le Contrat conditionnel. Un contrat peut être établi avec une condition[87], soit-

87 L'article 1168 : l'obligation est conditionnelle lorsqu'on la fait dépendre d'un événement futur et incertain, soit en la suspendant jusqu'à ce que l'événement arrive, soit en la résiliant, selon que l'événement arrivera ou n'arrivera pas.

elle suspensive[88] ou résolutoire[89]. Ainsi, le contrat dépend d'un événement futur et incertain pour être exécuté, en cas de condition suspensive, ou pour être révoqué, en cas de condition résolutoire.

En effet, le problème ne se pose que pour la condition suspensive, parce que dans la condition résolutoire le contrat figure comme un contrat sans cette clause jusqu'au moment qu'elle est intervenue.

Pour cette particularité, dépendre d'un événement futur et incertain, les auteurs défenseurs de la doctrine classique ont eu beaucoup de difficulté pour démontrer un droit acquis dans les contrats conditionnels et, par conséquent, appliquer le principe de la survie de la loi ancienne aux contrats conditionnels en cours.

Pour Savigny les contrats conditionnels ne peuvent pas être confondus avec une simple expectative de droits une fois que l'événement a été prévu dans le contrat. Ainsi, les conventions conditionnelles sont subordonnées à la loi applicable au jour de la formation du contrat[90]. Cependant, l'argument de Savigny n'est pas assez clair, une fois que même les simples expectatives peuvent être prévues, sans caractériser un droit acquis.

Pas beaucoup plus clair est l'argument de Gabba. Selon l'auteur, une loi nouvelle ne peut apporter aucun préjudice à un droit acquis, même celui qui est subordonné à une condition suspensive et qu'elle vienne à être accomplie après l'entrée en vigueur de ladite loi, puisque la condition a toujours un effet rétroactif jusqu'au jour de la formation du contrat.

Et cela parce que, même dépendent d'un événement futur et incertain, le droit

---

88 L'article 1181 : L'obligation contractée sous une condition suspensive est celle qui dépend ou d'un événement futur et incertain, ou d'un événement actuellement arrivé, mais encore inconnu des parties. Dans le premier cas, l'obligation ne peut être exécutée qu'après l'événement. Dans le second cas, l'obligation a son effet du jour où elle a été contractée.

89 L'article 1183 : La condition résolutoire est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation, et qui remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé. Elle ne suspend point l'exécution de l'obligation ; elle oblige seulement le créancier à restituer ce qu'il a reçu, dans le cas où l'événement prévu par la condition arrive.

90 *Op. cit.*, p. 387 et suivantes ; *apud* Limongi França. *op. cit.*, p. 454.

conditionnel est déjà un bien juridique, qui a une valeur économique et intègre le patrimoine de son titulaire[91]. Toujours sur la notion de propriété, l'auteur italien mentionne qu'un contrat conditionnel peut être cédé à titre onéreux comme un bien, puisqu'il est sans doute un bien qui intègre le patrimoine et donc un droit acquis.

En revanche, les auteurs qui défendent la théorie objective, surtout Paul Roubier, refusent la notion donnée par Gabba et par les autres auteurs classiques et n'admettent pas l'argument selon lequel un contrat conditionnel caractérise toujours un droit acquis. Selon eux, la question doit être analysée d'après l'ordre objectif. Et là, la question ne pose pas de problème, une fois que le Code civil, dans l'article 1179, dispose que « la condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté ». Sur cette norme, la Cour de cassation a déjà jugé[92] que « la réalisation de la condition oblige à se reporter au jour où l'engagement conditionnel est intervenu ».

Ainsi, même s'agissant d'un contrat conditionnel, compte tenu du fait d'avoir un lien contractuel préétabli, le principe de la survie de la loi ancienne joue son rôle et est applicable.

ii. Le contrat à terme. De même, un contrat peut être établi avec une obligation à terme[93]. On a pour terme le moment ou le jour à partir duquel commence, terme initial - *a quo*, ou termine, terme final - *ad quem*, l'efficacité d'une obligation préétablie. Ainsi, par rapport au conflit des lois dans le temps, comme pour les conditions, seulement le terme suspensif joue un rôle important et doit être analysé.

Selon la théorie classique, le contrat à terme est un droit acquis et ainsi il doit être analysé par rapport à l'applicabilité de la loi ancienne, même si le terme s'est

91 *Op. cit.*, p. 325; *apud* Limongi França. *op. cit.*, p. 459.
92 Troisième chambre civile, le 03 octobre 1968.
93 L'article 1185 : Le terme diffère de la condition, en ce qu'il ne suspend point l'engagement, dont il retarde seulement l'exécution.

produit après l’entrée en vigueur de la loi nouvelle. En effet, expliquent les défenseurs de la théorie classique : le terme suspend l’exercice du droit et cela n’à aucun rapport avec la propriété, qui est acquise au moment de la formation du contrat.

D’un autre côté, la théorie moderne défend la survie de la loi ancienne aux contrats à terme sous l’argument de que le terme ne suspend pas l’engagement, mais seulement retarde son exécution. Ainsi, les volontés des parties exprimées au jour de la formation du contrat doivent être respectées.

Ainsi, la Cour de cassation[94] a à plusieurs reprises décidé que « le terme ne suspend pas l’engagement ». Même si elle n’a pas analysé exactement le conflit des lois dans le temps, la Haute juridiction laisse comprendre, pour ainsi juger, qu’en l’existence d’un contrat légalement formé, l‘application du principe de la survie de la loi ancienne aux contrats en cours s‘impose, même s’il s’agit d’un contrat à terme.

b. La continuation du contrat

i. La prorogation du contrat. La doctrine démontre encore l’existence des doutes sur le jour de la formation du lien contractuel en cas de prorogation du contrat. Il s’agit ici du cas dans lequel les parties décident de proroger un contrat formé sous l’empire de la loi ancienne, tout en étant déjà sous l’empire de la loi nouvelle.

Quelques auteurs considèrent qu’à partir de cette prorogation, dès qu’elle est faite sous l’empire de la loi nouvelle, la loi ancienne est écartée et on doit appliquer la loi nouvelle pour régir ce contrat après sa prorogation.

D’autres auteurs, ici compris les adeptes des théories classique et moderne,

94 Première chambre civile, le 20 juillet 1994.

considèrent qu'il n'y a pas un renouvellement contractuel, puisque les parties ont uniquement décidé de proroger le terme final du contrat, mais le contrat est encore le même et doit être régi par la loi en vigueur au jour de sa formation.

La Cour de cassation a décidé, à plusieurs occasions, que la prorogation du contrat ne caractérise pas un nouveau contrat; fait qui impose l'application de la loi ancienne en cas de changement de la loi.

En effet, il nous semble que la jurisprudence a bien décidé. Le changement par les parties du terme final n'altère pas le contrat, donc il ne peut pas modifier la loi applicable au contrat. La volonté a été exprimée au jour de la formation du contrat et elle doit être respecter même en s'altérant le terme final.

ii. La reconduction tacite. Néanmoins, in en va autrement en ce qui concerne la reconduction tacite du contrat. Dans de nombreux contrats, il y a une clause déclarant que, faute pour l'une des parties de déclarer expressément qu'elle n'a pas l'intention de continuer le contrat après son expiration, celui-ci sera reconduit automatiquement, c'est-à-dire prolongé pour une nouvelle période. Il s'agit de l'institut juridique de la reconduction tacite.

Aussi, la tacite reconduction peut exister sans stipulation contractuelle en vertu des usages, sauf prévision contraire, comme l'a décidé la Cour de cassation dans l'arrêt rendu par la chambre commerciale, le 17 novembre 1992. Encore, la reconduction tacite peut être établie même par la loi[95].

En effet, soit contractuelle, soit légale ou encore en vertu des usages, la tacite reconduction n'entraîne pas une prorogation du contrat primitif, mais donne naissance à un nouveau contrat. Si bien que pour éviter la création d'un nouveau contrat, les parties doivent prévoir un certain temps à l'avance, fixé dans le

95 Sur cette question, on peut remarquer que la loi du 28 janvier 2005, qui tend à conforter la confiance et la protection du consommateur, facilite la résiliation par le consommateur d'un contrat de prestation de services comprenant une clause de tacite reconduction.

contrat, dans la loi ou par les usages.

La tacite reconduction se tient à la limite du contrat originaire et du nouveau contrat ; mais, si l'on demande auquel elle se rattache, la réponse ne peut pas être douteuse : la tacite reconduction, qui accompagne l'extinction du premier contrat, ne se rattache pas à cette extinction, mais bien à la formation du second contrat.

Ainsi, comme il s'agit d'un nouveau contrat, la loi applicable doit être la loi en vigueur au jour de sa formation. Cela veut dire, en succession des lois, qu'au contrat primitif on applique la loi ancienne et au nouveau contrat, fait sous l'empire de la loi nouvelle, on applique celle-ci.

Sur cette question, tant la doctrine classique que la moderne sont d'accord. Il n'y a pas de droit acquis si on est devant un nouveau contrat, formé sous l'empire de la loi nouvelle; de même, si la situation juridique est formée après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, c'est celle-ci qui doit régir le contrat.

La Cour de cassation a déjà jugé que la reconduction tacite n'importe pas en prorogation du contrat primitif, mais donne naissance à un nouveau contrat, d'après l'arrêt rendu par la première chambre civile, le 10 janvier 1984.

De même, par l'arrêt rendu le 16 décembre 1987, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a considéré que le contrat de bail, renouvelé automatiquement, en vertu d'une clause, est un nouveau contrat et, par ce motif, doit être régi par la loi du jour de sa formation, c'est-à-dire la loi applicable au jour du renouvellement du contrat.

Partant, une fois analysés le principe général de la survie de la loi ancienne aux contrats en cours, ainsi que son étendue, s'impose l'étude des exceptions à ce principe.

II. Les exceptions au principe général

Le principe de la survie de la loi ancienne aux contrats en cours est très bien fondé et s'impose comme règle générale. Cependant, il faut relever que la loi ne s'incorpore pas au contrat, elle le régit ; cela veut dire qu'il sera possible pour le législateur de déroger ce principe, soit pour admettre l'application immédiate de la loi nouvelle (A), soit même pour donner à la loi une application rétroactive (B).

A. L'application immédiate de la loi nouvelle

Comme exception au principe de la survie de la loi ancienne aux contrats en cours, d'abord on a l'application immédiate de la loi nouvelle. En effet, la loi

nouvelle peut être applicable aux contrats en cours soit pour le régir (1), soit pour régir leurs effets légaux (2).

1. L'application de la loi nouvelle pour régir le contrat

L'application immédiate de la loi nouvelle pour régir les contrats en cours peut être analysée sous différents critères, selon la théorie adoptée. En effet, la théorie classique utilise les critères de l'ordre public et de l'intérêt général (a), la théorie moderne utilise le critère fondé sur la notion de statut légal (b). Encore, la loi nouvelle peut elle-même prévoir son application immédiate (c).

a. L'ordre public et l'intérêt général

i. Les notions d'ordre public et d'intérêt général. Le premier fondement pour autoriser l'application immédiate de la loi nouvelle aux contrats en cours, donné par la théorie classique, c'est l'ordre public et l'intérêt général.

En effet, à partir du moment où la loi ancienne se montre contraire à l'ordre public et l'intérêt général, la loi nouvelle doit être immédiatement applicable. Cependant, la notion d'ordre public, qui tend à autoriser l'application immédiate de la loi nouvelle, est assez délicate.

Le premier auteur à analyser le problème a été Blondeau[96], pour qui les restrictions apportées par la loi nouvelle à certains droits acquis peuvent être admises quand il y aura un intérêt public, c'est-à-dire un intérêt non individuel.

96 *Op. cit.*, p. 352 ; *apud* Limongi França. *op. cit.*, p. 477.

Encore à la même époque, Mailher de Chassat[97] et Demolombe[98] expliquaient l'ordre public comme étant un intérêt de l'État et non un intérêt particulier.

On trouve donc à cette époque la notion d'ordre public fondée sur la suprématie de l'intérêt public sur l'intérêt privé. Toutes les lois qui sont d'intérêt de l'État sont, selon ce courant, d'ordre public.

Après, le même courant classique commence à refuser la notion d'ordre public fondée sur la distinction entre l'intérêt public et l'intérêt privé. Selon certains auteurs, comme Lassalle, l'ordre public peut être trouvée dans les lois relatives au droit public, mais aussi dans les lois de droit privé.

Ensuite, la doctrine classique commence à énumérer les lois qui, en théorie, doivent être d'ordre public, comme toutes les loi relatives à l'état et à la capacité des personnes, les lois de procédure, les lois de droit public, les lois qui posent la primauté de l'intérêt de la communauté sur l'intérêt du particulier etc..

Sachant que les définitions antérieures étaient insuffisantes, Gabba explique que les lois sont d'ordre public à partir du moment où, au nom de la sécurité juridique et social, s'impose leur application immédiate. Ainsi, l'auteur a conclu que sont d'ordre public toutes les lois impératives.

Plus récemment, Sylvain Mercoli[99] définit l'ordre public comme « l'ensemble des institutions et des règles destinées à maintenir dans un pays le bon fonctionnement des services publics, la sécurité et la moralité des rapports entre particuliers, et donc ceux-ci ne peuvent, en principe, écarter l'application dans les conventions ».

Dans les « Travaux de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française - l'ordre public »[100], on trouve plus de soixante-sept auteurs de différents

97 *Op. cit.*, p. 135 ; *apud* Limongi França. *op. cit.*, p. 477.
98 *Op. cit.*, p. 43/44 ; *apud* Limongi França. *op. cit.*, p. 477.
99 *Op. cit.*, p. 335.
100 LGDJ, Paris, 1998.

pays, qui nous donnent, chacun, plusieurs définitions d'ordre public.

D'après Pierre Catala[101], M. Malaurie a défini que « l'ordre public c'est le bon fonctionnement des instituions indispensables à la collectivité. Il caractérise un état de la société, exprimant la fonction essentielle du droit en tant que régulateur des groupes humains ».

Encore, Pierre Catala[102] mentionne que selon M. Planiol, « une disposition est d'ordre public toutes les fois qu'elle est inspirée par une considération d'intérêt général qui se trouverait compromise si les particulières étaient libres d'empêcher l'application de la loi ».

Cependant, la notion reste encore douteuse et obscure. Selon Hage-Chahine[103], « la notion d'ordre public est une des notions juridiques les plus difficiles à définir. M. Malaurie a recensé plus de vingt-deux définitions en 1953 sans pour autant constater que l'une d'entre elles était satisfaisante ».

Actuellement, l'unique unanimité autour du sujet en débat c'est que l'ordre public nécessaire pour autoriser l'application immédiate de la loi nouvelle n'est pas celui prévu à l'article 6 du Code civil.

D'après M. Ghestin[104], « il ne s'agit pas de l'ordre public auquel sont soumis de façon générale les contrats selon l'article 6 du Code civil, mais d'un ordre public renforcé, particulièrement impérieux, la sécurité des contractants cédant alors devant des raisons sociales ou nationales très graves ».

La doctrine fait mention à l'ordre public impérieux. Cela veut dire qu'il faut un intérêt général plus important que la sécurité contractuelle. Le seul fait que la loi

101 Article : Rapport de Synthèse - l'ordre public, *in Travaux de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française* ; LGDJ, Paris, 1998, p. 1.
102 Article : Rapport de Synthèse - l'ordre public, *in Travaux de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française* ; LGDJ, Paris, 1998, p. 1.
103 Article : Rapport général - l'ordre public, *in Travaux de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française* ; LGDJ, Paris, 1998, p. 17.
104 *Op. cit.*, p. 338/339.

nouvelle soit impérative au sens de l'article 6 du Code Civil ne saurait suffire à attester de l'existence d'un tel intérêt.

Ainsi, le fait que la loi nouvelle soit d'ordre public ne suffit pas à la rendre applicable aux contrats en cours. Les effets à venir des contrats précédemment conclus ne tombent sous l'empire de la loi nouvelle que s'il existe des bonnes raisons d'écarter la survie de la loi ancienne. Les juges du fond doivent s'en expliquer sans pouvoir se borner à une simple référence à l'ordre public.

Il s'agit d'un concept large selon lequel la Cour de cassation refuse, dans la plupart des cas, l'application sous cet argument, pour déroger le principe de la survie de la loi ancienne aux contrats en cours. Nombreux sont les arrêts rendus par la Cour de cassation en ce sens[105].

Encore, par l'arrêt du 01 juillet 1987 la Cour de cassation s'est manifestée expressément pour la nécessité d'un intérêt public d'ordre impérieux pour déroger le principe de la survie de la loi ancienne, en affirmant que l'intérêt public simple ne suffit pas. Ainsi, le statut des agents commerciaux, bien qu'impératif, n'a pas été jugé applicable aux contrats en cours.

En revanche, il a été décidé que les textes prévoyant le cours forcé et édictant par voie de conséquence la nullité des clauses de paiement en or ou en monnaie étrangère étaient d'application immédiat.

De même, la Cour de cassation a considéré immédiatement applicable aux contrats en cours la loi du 30 novembre 1966, édictant que le primes sont payables au domicile de l'assureur[106] ; la loi du 9 mai 1973, relative au statut du voyageur représentant placier - V.R.P.[107] ; et la loi du 7 janvier 1981, relative à l'assurance de vie.

---

105 Troisième chambre civile, le 21 janvier 1971 ; première chambre civile, le 04 mai 1982 et chambre commerciale, le 27 octobre 1969.
106 Cour de cassation, première chambre civile, le 13 février 1979.
107 Cour de cassation, chambre sociale, le 29 novembre 1978.

C’est donc au coup par coup, pour chaque disposition, que l’interprète devra rechercher si les intérêts qu’elle défend sont si essentiels qu’ils justifient son application immédiate.

ii. Les critiques à la notion d’ordre public. C’est juste ce manquement d’une notion exacte de l’ordre public et l’intérêt général la principale critique de la théorie moderne à la solution posée par la théorie classique.

En effet, ni dans la notion de l’ordre public fondée sur la suprématie de l’intérêt public sur l’intérêt privé, ni dans la notion énumérative posée par la doctrine, ni dans la notion de Gabba, on ne peut bien distinguer une loi d’ordre public à autoriser l’application immédiate de la loi nouvelle.

D’abord, sur la notion de l’ordre public fondée sur la suprématie de l’intérêt public sur l’intérêt privé, il faut tenir compte que même l’État doit respecter les volontés des parties pour tous les motifs déjà étudiés[108]. Encore, l’énumération des lois d’ordre public est insuffisante puisque les situations prévues par le législateur sont de plus en plus variées et l’énumération faite par la doctrine ne peut pas accompagner l’évolution législative. Enfin, la notion de Gabba est encore plus abstraite que les autres et laisse une grande marge à l’interprétation à la vraie notion de l’ordre public.

Paul Roubier, après avoir expliqué que l’application immédiate de la loi nouvelle aux contrats en cours est en réalité une forme souple de rétroactivité[109], critique la notion de l’ordre public en plusieurs points.

---

108 Sur cette notion, voir le propre fondement de la survie de la loi ancienne supra analysé.

109 Selon M. Popoviliev, *in op. cit.,* p. 502, il y a quatre degrés de rétroactivité. D’abord on a la rétroactivité ordinaire, lorsque les conséquences juridiques des faits antérieurs tombent sous le coup de la loi nouvelle, si elles apparaissent après l’entrée en vigueur de cette loi, mais les conséquences déjà produites avant cette époque sont respectées. Ensuite, on a la rétroactivité renforcée, lorsque la nouvelle loi atteint les conséquences juridiques nées par l’effet de la loi ancienne et les modifie pour l’avenir. Encore, on a la rétroactivité radicale, lorsque la nouvelle loi s’applique aux conséquences juridiques antérieures comme si elle était déjà en vigueur lors de leur naissance. Enfin, on a la rétroactivité restituant ou rétablissant, lorsque la loi nouvelle touche aux causes finies.

D’abord, l’idée d’ordre public ne peut pas être mise en opposition avec le principe de la non-rétroactivité de la loi, pour ce motif décisif que dans un ordre juridique fondé sur la loi, la non-rétroactivité des lois est elle-même une des colonnes de l’ordre public. En ce sens, la Cour de cassation a déjà jugé[110] que la disposition de l’article 2 du Code civil est d’ordre public.

Ensuite, Roubier expose que la théorie des droits acquis a donné un sens différent à l’expression « l’ordre public », de façon à créer des degrés dans la notion d’ordre public, fait qui n’est pas du tout l’intention du législateur.

Enfin, il expose que la notion de l’ordre public est complètement inexacte une fois que toute loi peut être interprétée comme d‘ordre public, selon l’intention de l’interprète, puisqu’il n’y a pas un critère clair de définition.

En effet, il nous semble que les critiques sont raisonnables ; les notions d’ordre public et d’intérêt général sont trop subjectives et laissent une grande marge d’interprétation au juge qui décide au cas par cas de l’application immédiate de la loi nouvelle aux contrats en cours.

De toute façon, ces notions sont les plus utilisées par la jurisprudence pour accepter l’application immédiate de la loi nouvelle aux contrats en cours.

iii. Le positionnement adopté. D‘un côté, on refuse l’application immédiate de la loi nouvelle par l’unique volonté du juge. Il doit respecter la volonté des parties et préserver la survie de la loi ancienne aux contrats en cours. Il n’appartient pas au juge de donner une fonction à la loi que le législateur n’a pas prescrite auparavant

110 Chambre civile, le 24 novembre 1955. En revanche, s’appuyant sur la notion d’ordre public posée par la théorie classique, la Cour de cassation, par l’arrêt rendu par la chambre civile le 30 novembre 1920, a décidé que le législateur peut déroger « dans un intérêt supérieur d’ordre public » à la règle de la non-rétroactivité des lois.

dans le texte.

D‘un autre côté, les notions d’ordre public et d’intérêt général, données par la théorie classique, ne peuvent pas être applicables pour déterminer l‘application immédiate d‘une loi nouvelle. Les critiques faites à la théorie classique en ce point sont acceptables et le critère pour appliquer immédiatement la loi nouvelle aux contrats en cours ne peut pas être celui-ci.

b. Le statut légal

i. La notion de statut légal. Refusant l’appel à la notion d’ordre public, par son caractère délicat et imprécis, la théorie moderne, défendue par Paul Roubier, considère que les effets d’un contrat en cours peuvent être saisis par la loi nouvelle chaque fois que celle-ci établit ou modifie un statut légal, comme par exemple le contrat de travail.

Selon Paul Roubier la distinction entre statut légal et contrat correspond à celle entre institutions et actes juridiques. Ainsi, explique l‘auteur[111] qu‘ « une loi est relative à une institution lorsqu’elle vise des situations juridiques ayant une base en quelque sorte matérielle et concrète dans les personnes ou les choses qui nous entourent, et qu’elle crée directement sur cette base un réseau de pouvoirs et de devoirs, qui sont susceptibles d’intéresser tout le monde ». Par exemple le mariage, l’adoption, la propriété etc., qui sont des institutions juridiques et, par conséquent, des statuts légaux.

En revanche, continue l’auteur[112], « une loi est contractuelle lorsqu’elle vise une situation juridique ayant une base en quelque sorte idéale et abstraite, en ce sens qu’elle établit, autour des situations précédentes, un ensemble de droits et d’obligations entre les parties au contrat, que celles-ci sont libres en principe de

111 *Op. cit.*, p. 423.
112 *Op. cit.*, p. 423.

déterminer elles-mêmes, et qui dans bien des cas n'intéresseront qu'elles exclusivement ». Ainsi, on a comme exemple tous les contrats formés librement par les parties.

Ainsi, si la propriété est un statut légal, les conditions qui stipulent le mode de paiement du prix est un acte juridique. Encore, si le mariage est un statut légal, la convention matrimoniale est un acte juridique.

En effet, d'après l'auteur[113] « les situations contractuelles constituent une superposition de rapports juridiques, construits par abstraction au-dessus des situations légales, qui forment le premier support, matériel et extérieur, du droit ». Cela veut dire qu'il y a, selon Paul Roubier, des situations juridiques différentes, d'un côté, le statut légal constitue la situation juridique première et, d'un autre côté, le contrat constitue la situation juridique secondaire, qui est construite sur la base de la première.

Ainsi, les modifications introduites dans la première retentiront sur la seconde ; lorsque la loi nouvelle modifie les institutions juridiques, c'est-à-dire qu'elle établit un nouveau statut légal, les contrats qui étaient appuyés à un statut légal différent ne reposent plus sur rien, raison pour laquelle ils devront être modifiés. Paul Roubier[114] explique qu'il « serait incompréhensible que des constructions artificielles, édifiées par une activité juridique abstraite, puissent se maintenir, alors que leur fondement concret, auraient disparu ».

Au contraire, si la loi est une loi contractuelle, c'est-à-dire si elle se rapporte simplement à ces constructions juridiques secondaires, le principe d'après lequel les lois nouvelles n'ont pas d'effet sur les contrats en cours conserve toute sa valeur, puisque le libre choix des parties doit être respecté, s'il y a une base juridique encore valable. « Et n'importe en rien que des lois nouvelles viennent modifier leur liberté, et leur assignent d'autres limites par des dispositions impératives ou d'ordre public, car les particuliers ont contracté en tenant compte

113 *Op. cit.*, p. 424.
114 *Op. cit.*, p. 424.

des lois en vigueur et n'avaient pas à prendre souci des lois qui pourraient postérieurement les modifier »[115].

En d'autres termes, ce qui importe pour savoir si une loi nouvelle aura effet sur un contrat en cours c'est non pas de rechercher si la loi limite plus ou moins la liberté contractuelle, mais si la loi est constructive d'un nouveau statut légal et contient le règlement organique d'une institution. De toute façon les conditions de validité d'un contrat sont régies toujours par la loi applicable au jour de la formation du contrat et aussi les faits accomplis sous l'empire de la loi ancienne.

Ainsi, on a des lois qui établissent des nouveaux statuts légaux, par exemple, les lois qui fixent le régime de la monnaie dans un État, les lois qui établissent un nouvel impôt qui atteint des personnes tenant leur droit d'un contrat ou les lois sur le travail, qui réglementent la durée et les conditions du travail.

D'abord, cette orientation a été adoptée par la Cour d'appel de Rennes[116], en déduisant que le bail commercial consistait en un statut légal d'application immédiate.

Mais, l'idée que les effets sont immédiats quand il ne s'agit plus d'un contrat, mais d'un statut légal où le contrat est un acte condition, a été adoptée expressément par la Cour de cassation par l'arrêt rendu par la chambre mixte, le 13 mars 1981. Après, dans des arrêts de 1989, la troisième chambre civile a jugé que le droit au renouvellement de bail commercial a sa source dans la loi et non dans le contrat[117].

Cependant, son utilisation est peu usuelle, préférant la Haute juridiction l'option de la théorie classique fondée sur l'idée de l'ordre public et de l'intérêt général. En effet, cette théorie de statut légal ne commence à être discutée que depuis une trentaine d'années et le futur dira le positionnement que la jurisprudence ira

115 Paul Roubier. *op. cit.*, p. 424.
116 Deuxième chambre, le 2 mai 1973.
117 Voir arrêts rendus le 15 mars 1989 et le 22 mars 1989.

adopter[118].

ii. Les critiques à la notion de statut légal. Comme la notion de statut légal a été peu acceptée par la jurisprudence en général jusqu'à ces jours, quant à l'application de la notion d'ordre public, la plupart des auteurs s'emploient peu à expliquer ou à la critiquer. Aussi, il faut noter que la majorité de la doctrine actuelle est d'accord avec la doctrine moderne.

Néanmoins, les critiques les plus usuelles sont relatives à la problématique d'identifier, parfois, un statut légal. D'abord, quelques auteurs[119] expliquent qu'en plusieurs situations la notion de statut légal est aussi subjective tel la notion d'ordre public.

Ensuite, d'autres auteurs[120] affirment que même si une institution de droit - statu légal - est modifiée, les contrats formés avant le changement doivent être respectés, s'il n'y a pas d'offense à l'ordre public et à l'intérêt général[121].

Enfin, Jacques Ghestin[122] expose que « le principal mérite de cette analyse est sans doute de montrer qu'il ne peut pas avoir quant aux conflits des lois dans le temps de distinction tranchée entre le régime des situations contractuelles et extra-contractuelles. Mais la soumission des contrats à une réglementation impérative est trop question de degrés pour pouvoir constituer un critère suffisant. Surtout la réglementation d'un contrat ne change pas sa nature contractuelle ».

iii. Le positionnement adopté. On a dit, en analysant la notion d'ordre public,

118 En revanche, la théorie fondée sur l'ordre public et l'intérêt général existe depuis longtemps et elle est déjà bien enracinée dans l'ordre juridique, fait qui crée une difficulté plus grande à la théorie fondée sur la notion de statut légal.
119 Sur ce point voir le positionnement de Limongi França. *op. cit*., p. 182 et suivantes.
120 Carlos Maximiliano. *op. cit.*, p. 334.
121 Là on s'aperçoit de l'enracinement de la notion d'ordre public. Même pour analyser une théorie qui exclut la notion d'ordre public, l'auteur fait référence à celle-ci.
122 *Op. cit.*, p. 340/341.

que l'on refuse, en principe, l'application immédiate de la loi nouvelle par l'unique volonté du juge, puisque cela n'appartient pas au juge de donner une fonction à la loi que le législateur n'a pas prévu auparavant. Ainsi, on n'accepte pas non plus la notion de statut légal pour autoriser l'application immédiate de la loi nouvelle aux contrats en cours.

Néanmoins, on accepte, en exception, que le juge applique la loi nouvelle quand il s'agit d'une modification que ne changera pas et ne touchera pas la volonté des parties. Il ne s'agit pas d'accepter *in totem* la théorie de statut légal, mais d'accepter que celui qui a été imposé aux parties par une loi soit modifié par une loi nouvelle, sans modifier la volonté des parties. En effet, il s'agit d'appliquer immédiatement les effets d'origine légaux à un contrat en cours[123].

Enfin, il faut remarquer que par rapport à la notion d'ordre public et d'intérêt général, la notion de statut légal est plus satisfaisante une fois qu'elle est moins subjective.

c. Prévision expresse par la loi

i. Position du problème. On peut avoir une prévision expresse par la loi déclarant qu'elle aura son application immédiate aux contrats en cours. En effet, selon notre point de vue, la loi peut être immédiatement applicable par la seule volonté du législateur qui ainsi en dispose.

L'article 2 du Code Civil n'est pas destiné au législateur et n'a pas un caractère constitutionnel[124], donc le législateur peut intervenir au contrat, dans son exécution, pour prévoir l'application immédiate de la loi nouvelle même aux contrats en cours.

123 On étudiera dans le titre suivant (II.A.2) les effets d'origine légaux d'un contrat en cours.
124 La constitutionnalité de l'article 2 du Code civil sera mieux analysée lors de notre analyse de l'effet rétroactif de la loi nouvelle par prévision expresse du législateur (II.B.1.b).

Néanmoins, selon la jurisprudence, le législateur doit avoir des vrais motifs pour déterminer l'application immédiate de la loi nouvelle. Il appartient au juge donc de contrôler les motifs du législateur, pour protéger la volonté des parties.

La liberté contractuelle a un caractère constitutionnel et, pour cela, le législateur ne peut pas intervenir au contrat de mode à y portée atteinte. Selon l'arrêt rendu le 13 janvier 2003 par le Conseil Constitutionnel, celui-ci contrôle l'intérêt général invoqué par le législateur.

Encore, il y a un courant doctrinaire qui défend que la loi nouvelle seulement peut être applicable en cas où la loi ancienne imposait une posture des parties, refusant l'application de la loi nouvelle au cas où il y a une volonté individuelle des parties.

On sait que même en matière contractuelle le législateur peut intervenir en posant des règles impératives, justifiées pas des raisons d'intérêt général ou même d'ordre public. En ces cas, les effets de certains contrats ne sont plus entièrement ceux qui ont été voulus par les parties, mais ceux que la loi leur impose, qu'ils veuillent ou non.

Dans des cas de ce genre, le législateur peut estimer qu'il serait inopportun de permettre la survie de la loi ancienne et déterminer l'application immédiate de la loi nouvelle aux effets des contrats en cours.

La loi du 28 décembre 1966 a fixé une limite au taux de l'intérêt en cas de prêt d'argent; limite au-delà de laquelle le prêt est usuraire. Comme le taux de l'intérêt était régulé par une loi, cette limite a été déclarée applicable même aux contrats en cours[125].

---

125 Sur ce point, il faut remarquer que l'application de la loi nouvelle est immédiate, mais non rétroactive. C'est-à-dire que le préteur ne doit pas restituer les intérêts plus élevés perçus antérieurement.

La loi du 12 mai 1980 sur la réserve de propriété a été considérée applicable aux contrats en cours au motif que la loi ancienne avait consacré un effet indépendant de la volonté des parties. De même, on a la loi du 9 juillet 1975 qui permet au juge de revoir les clauses pénales excessives.

ii. Le positionnement adopté. Selon notre point de vue, en principe, seul le législateur a le pouvoir de déterminer l'application immédiate de la loi nouvelle aux contrats en cours. Il n'appartient qu'au législateur de vérifier la pertinence d'aller contre la sécurité juridique, défendue par le principe de la survie de la loi ancienne, et déterminer l'application immédiate de la loi nouvelle, en le faisant de façon expresse.

De toute façon, le droit de créance doit être respecté. Cela ne veut pas dire qu'il ne peut pas être supprimé, puisque la volonté du législateur doit être suivie, en principe. Mais, en ce cas là, une indemnisation doit être stipulée au créancier, que d'aucune façon peut subir une perte d'un droit légalement constitué sous l'empire de la loi ancienne.

La Cour Européenne des Droits de l'Homme, sur le fondement de l'article 6 de la Convention et de l'article 1 du protocole 1, a déjà jugé, dans l'affaire Raffineries Grecques, en 1994, qu'une loi nouvelle ne peut jamais portée atteinte à un crédit, cela veut dire qu'elle ne peut pas déconstituer un crédit régulièrement constitué.

Bref, à partir du moment où le contrat assure un droit à la partie, et une loi nouvelle, face à l'intérêt général, impose la suppression de ce droit, l'État doit indemniser la perte du créancier.

Soit sur le fondement d'ordre public, soit sur le fondement de statut légal, soit, encore, expressément prévu, « il est incontestable, en tous cas, que le législateur contemporain marque une nette préférence pour l'application immédiate des lois nouvelles qui traduit un déclin de l'autonomie de la volonté et de la notion de droits

acquis »[126].

Dans cette optique, Dekeuwer-Defossez[127] explique que « le principe de l’autonomie de la volonté subit actuellement de telles transformations, que l’on peut se demander si elles ne remettent pas en cause la règle de la survie de la loi ancienne, et n’ont pas pour effet une extension du principe d’effet immédiat de la loi nouvelle aux contrats en cours d’exécution ».

Une fois analysée l’application immédiate de la loi nouvelle pour régir les contrats en cours, s’impose l’étude des effets légaux d’un contrat en cours.

2. Les effets d’origine légale du contrat en cours

L’analyse des effets d’origine légale d’un contrat en cours constitue une des matières les plus délicates du droit transitoire. Les théories classique et moderne se débattent pour, chacune selon son fondement, expliquer cette problématique.

Ainsi, d’abord, s’impose l’étude de la controverse entre les théories et la solution adoptée (A), pour, ensuite, analyser les cas pratiques (B).

a. La controverse et la solution adoptée

i. Positionnement de la théorie classique. Nous avons déjà étudié, ci-dessus, que selon la théorie classique, le contrat étant un droit acquis, fait qui impose la survie de la loi ancienne, les effets de ce contrat, même d’origine légale, doivent être régis par la loi applicable au jour de la formation du contrat. Les arguments de cette théorie sont plusieurs:

126 Jacques Ghestin. *op. cit.*, p. 338.
127 *Op. cit.*, p. 25.

Un contrat a pour base la volonté des contractants ; or, cette volonté s'est exprimée en tenant compte des lois en vigueur ; les contractants ne précisent presque jamais quels seront les effets de leur accord : ils savent que la loi existant au jour de la conclusion du contrat en indique le régime légal. Autrement dit, le contrat n'existe que parce qu'il a été voulu et avec les effets voulus par les contractants; ces derniers sont censés avoir voulu ce que décidait la loi au jour du contrat.

L'application de la loi ancienne répond à la volonté de sauvegarder la sécurité juridique. Or les considérations propres à celle-ci sont, en matière contractuelle, particulièrement pressantes : le contrat repose sur la volonté des parties, laquelle s'est exprimée en contemplation d'un certain état du droit positif. Dès lors, soumettre le contrat à la loi nouvelle, ce serait modifier les bases sur la foi desquelles les parties ont édifié leur accord, ce serait risquer de rompre l'équilibre de celui-ci et par là même ruiner son fondement.

Ainsi, lorsque un contrat de bail est conclu, ce n'est pas seulement la formation du contrat qui est l'œuvre des volontés des contractants, ce sont tous les effets futurs de ce contrat, tels que la loi en vigueur au jour de sa formation les prévoyait. Si une loi nouvelle vient à modifier ces effets, l'appliquer aux contrats en cours serait faire dire aux contractants ce qu'ils n'ont pas voulu dire.

Aussi, la règle de l'effet immédiat de la loi nouvelle s'explique uniquement par le souci d'assurer l'unité de la législation. Or celui-ci est moins pressant en matière contractuelle : le principe de la liberté contractuelle encourage le pluralisme juridique et confère à la réalité contractuelle une physionomie extrêmement variée.

ii. Positionnement de la théorie moderne. En revanche, pour la théorie moderne, comme les effets légaux d'un contrat ne sont pas résultants d'une volonté des parties, d'un acte individuel de l'individu, mais posé par la loi, on doit

utiliser la loi applicable au jour de la réalisation de cet effet. Autrement dit, si l'effet s'est produit sous l'empire de la loi ancienne, on l'applique, par contre, si l'effet s'est produit sous l'empire de la loi nouvelle, on l'applique.

Pour elle, les effets légaux sont tout à fait séparables du contrat dont ils procèdent. Qu'un bien ait été acquis par échange, par donation, par vente, peu importe : les droits de l'acquéreur restent des droits de propriétaire, qui sont toujours identiques.

On conçoit donc que la loi qui a présidé à la formation du contrat n'ait pas, en l'espèce, à survivre à son abrogation ; c'est pourquoi le régime des effets légaux, produits après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, tombe immédiatement sous l'empire de cette loi.

iii. Le positionnement adopté. On voit, ainsi, qu'aucun des principes opposés ne peuvent être justifiés d'une façon absolue, dans toutes les hypothèses; on peut justifier aussi bien le principe de la survie de la loi ancienne que celui de l'effet immédiat, et l'application de la survie présente autant d'inconvénients que celle du principe de l'application immédiate. « Le conflit des ces deux principes traduit un conflit entre deux postulat opposés : celui du maintien de l'unité du rapport juridique et celui du maintien de l'unité de la législation »[128].

En effet, ces principes s'excluent réciproquement et l'un ne peut pas se produire sans préjudice de l'autre. Ainsi, il y a des hypothèses où le postulat de l'unité du rapport juridique paraît plus important et, on appliquera la survie de la loi ancienne, et il y a d'autres hypothèses où le postulat de l'unité de législation présent un intérêt plus grand et on doit choisir pour l'application immédiate de la loi nouvelle.

Sur cette question, la doctrine moderne nous semble plus appropriée. En effet, le

---

128 Etienne de Szászy. *op. cit.*, p. 220.

postulat de l'unité de législation présente une importance plus grande que le postulat de l'unité de rapports juridiques. Cela parce que les conséquences de ces effets n'ont pas été choisies par les parties, mais ont été posées par la loi. Or, si la loi a changé ces conséquences, elles doivent être posées par la loi actuelle.

Il n'y a pas nécessité de dire qu'ici la volonté des parties ne joue qu'un rôle secondaire par rapport au rôle joué par la loi. Ainsi, étant nécessaire choisir entre eux, il faut faire prévaloir le postulat qui joue un rôle plus importante, dans ce cas le postulat de l'unité de législation. C'est ainsi que les effets d'origine légale postérieurs à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle sont jugés selon celle-ci.

Dans ce même sens, Jacques Ghestin[129] explique que « l'application aux contrats en cours de la loi nouvelle est courante à l'égard des conventions dont le contenu est largement imposé par le législateur ».

L'auteur expose que par ce motif la loi du 1er septembre 1948 régissant les locaux à usage d'habitation et professionnels s'est immédiatement appliquée aux baux en cours[130]. Dans le même sens, M. Ghestin mentionne la loi du 30 décembre 1963 relative aux baux ruraux déclarée applicable dans certaines de ses dispositions aux baux en cours ; le décret du 30 septembre 1953 relatif aux baux commerciaux déclaré de plein droit applicable aux baux en cours ; et la loi du 1er août 1984 relative aux baux à ferme déclarée de plein droit applicable aux baux en cours.

Néanmoins, s'il y a prévision expresse par rapport à ces effets dans le contrat, on est en dehors d'un effet légal, et l'effet est contractuel. Alors, le postulat de la volonté cesse d'être secondaire et devient le plus important, fait qui impose la survie de la loi ancienne.

Ainsi, établi le principe qui doit être applicable en ces cas, s'impose l'analyse des cas pratiques.

---

129 *Op. cit.*, p. 337.
130 Cour de cassation, troisième chambre civile, le 6 novembre 1986 et le 17 juillet 1986.

b. L’analyse des cas pratiques

La théorie classique entend que les effets d’origine légale à venir d’une situation juridique en cours doivent être analysés selon la loi en vigueur au jour de la formation du contrat. Cependant, les effets d’origine légale doivent être appréciés selon la loi applicable au jour où l’effet légal arrive. En fait, les effets d’origine légal d’un contrat jouent un rôle important en trois situations: droit de créance, droit réels et statut de la personne.

i. Droit de créance. Le premier effet d’origine légal par rapport au droit de créance, est la forme dans laquelle doit être faite la mise en demeure du débiteur. Dans ce sens, la Haute juridiction, par un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation, le 18 décembre 2001, a décidé que les lois relatives aux formes et les conditions de délai d’exercice d’un droit contractuel, en principe, sont d’application immédiates.

Encore, les lois nouvelles qui modifient le taux légal de l’intérêt moratoire doivent également s’appliquer dès leur entrée en vigueur, même aux créances antérieures, et cela même dans le cas où la mise en demeure est antérieure à la loi nouvelle, pour tous les intérêts qui courront à partir de l’entrée en vigueur de cette loi.

Il faut noter qu’il s’agit ici, non de droit de demander un intérêt moratoire, mais du taux de cet intérêt. Or la quotité de ce taux est en relation directe avec l’intérêt légal de l’argent à une époque donnée ; les lois qui fixent le taux d’intérêt légal de l’argent n’ont pas d’autre but que de déterminer l’intérêt normal et moyen des capitaux à ce moment. Par hypothèse, le dommage qu’il s’agit de réparer par suite du retard est celui qui résulte de la privation de son capital pour le créancier, mais ce dommage correspond au taux d’intérêt au moment où il se trouve privé de son

argent et non pas au moment où l'obligation est née.

Même si le taux légal change après la mise en demeure et que l'intérêt est déjà en cours, la loi nouvelle s'applique pour l'intérêt à courir à partir du jour où le taux a été changé. Cela parce que le taux d'intérêt moratoire n'est pas fixé d'une manière définitive par la loi du jour de la mise en demeure, il correspond à l'évaluation d'un dommage qui se poursuit tous les jours, tant que le débiteur ne s'est pas entièrement acquitté de sa dette. Il demeure donc soumis à l'effet immédiat des lois nouvelles, puisqu'il s'agit d'une situation juridique qui poursuit ses effets dans la durée. Encore, il faut noter que c'est la position de la Cour de cassation depuis longtemps[131].

Cela s'applique si les parties du contrat ont décidé que l'intérêt moratoire serait l'intérêt légal ou si elles n'ont rien dispose sur ce sujet. Cependant, si les parties avaient stipulé des intérêt moratoires à un taux déterminé, cette stipulation doit être respectée, puisqu'il ne s'agit plus d'un effet légal mais d'un effet contractuel, qui a son origine dans les volontés des parties et doit être obéit.

Enfin, comme effet d'origine légale par rapport au droit de créance, on a les « lois qui ont établi certains moyens de préservation au profit des créanciers qui leur permettent de se prémunir contre la fraude ou la négligence de leur débiteur, ou même contre tels autres événements comme le décès de ce débiteur et la dévolution de sa succession à des héritiers insolvables, s'appliquent tout naturellement aux créances existantes »[132]. Par exemple, les lois qui ont prévu des mesures conservatoires, comme le droit d'intervention (article 882 et 1447 du Code civil), la séparation de patrimoine (article 878 du Code civil) et les lois qui ont organisé ces moyens généraux d'action, comme l'action paulienne (article 1167 du Code civil).

131 Depuis l'arrêt rendu par la chambre civile le 13 mai 1817, la Cour de cassation adopte ce positionnement. Il a été repris encore par les arrêt rendus par la même chambre le 22 mars 1820, 07 novembre 1825, 25 juin 1902, 08 juin 1908, 11 avril 1921, entre autres, selon mentionne Paul Roubier. *op. cit.*, p. 317.
132 Paul Roubier. *op. cit.*, p. 318.

En effet, ces lois doivent être d'application immédiate parce qu'il ne s'agit pas d'un accord de volonté des parties, mais d'un effet prévu déjà par la loi et auquel les parties sont soumises.

ii. Droits réels. Il est certain aussi que les lois qui modifient les effets ou le contenu juridique de la propriété s'appliquent aux contrats en cours à compter de leur entrée en vigueur. En fait, la raison pour laquelle on doit appliquer immédiatement la loi nouvelle sur les propriétés est la même pour laquelle on applique certaines lois de créance de cette façon : étant la loi de propriété antérieure obligatoire aux parties, les dispositions comprises dans ces lois ne sont pas le résultat de la volonté des parties, mais le résultat d'une imposition légale. Ainsi, le postulat de l'unité de législation doit prévaloir sur le postula de la volonté des parties.

On a la même situation pour les contrats de copropriété qui laissent à la loi les règles du contrat. Toutefois, la création des droits et devoirs de copropriétés peut s'accompagner de conditions particulières, qui demeurent en vigueur dans la mesure où les lois postérieures n'y feront pas obstacle.

On a encore l'application immédiate de la loi nouvelle aux cas d'usufruit. C'est la loi du jour où l'usufruitier aura vendu des fruits qui décidera si cette vente est valable comme portant sur des fruits appartenant à l'usufruitier. C'est encore la loi du jour où l'usufruitier aura passé un bail qui décidera des pouvoirs de l'usufruitier à cet égard et de la portée du bail après la cessation de l'usufruit[133].

De même par rapport au contrat de gage. Il faut distinguer ici le droit réel de gage et les relations de créance et de dette qui naissent du contrat de gage. Ces dernières demeurent soumises à la loi en vigueur au jour du contrat et c'est elle qui décidera la validité ou la nullité du contrat. En revanche, le droit réel lui-même, et notamment la procédure d'expropriation mise à disposition du créancier, est

133 Code civil, l'article 595.

toujours réglé par la loi actuelle. Selon Paul Roubier[134] « cela fait partie du statut légal des voies d'exécution, et une loi nouvelle peut rendre caduque les dispositions prévues dans les contrats antérieures ».

Enfin, on a les lois relatives à l'hypothèque. Comme les cas antérieurs, lorsqu'il s'agit d'une stipulation légale, la loi nouvelle doit être applicable immédiatement, étant donné qu'il n'y aura pas violation de la volonté des parties. Ainsi, les lois qui règlent le mode de registre doivent être applicable immédiatement; les lois nouvelles qui modifient la portée de l'hypothèque quant aux intérêts de la créance doivent s'appliquer aux hypothèques antérieures et la loi nouvelle qui déclare que l'indemnité d'assurance est subrogée à la chose hypothéquée, s'appliquera aussi au bénéfice des créanciers hypothécaires existants[135].

iii. Statut de la personne. Parfois on a de contrat relatif au statut de la personne et dans telles situations la loi nouvelle a application immédiate. D'abord, on a les cas de privation de la personne[136]. On peut avoir des contrats qui établissent une conséquence en raison d'absence d'une des parties, comme la résiliation du contrat. Dans ce cas, l'état d'absence constitue un statut légal qui peut toujours être modifié par les lois nouvelles. Ainsi, les effets de l'absence prévus antérieurement sont régis selon la caractérisation de l'absence au jour où le fait s'est accompli.

Mais, le statut de la personne par rapport au sujet de ce travail, gagne plus d'importance en cas de contrat de mariage. Les effets du mariage, comme ceux de toute situation dont le régime est défini par la loi, peuvent être constamment modifiés par les lois nouvelles, en vertu de l'effet immédiat de la loi. Ainsi, en va-t-il des devoirs personnels entre époux, cohabitation, fidélité, secours et assistance, et leurs sanctions.

134 *Op. cit.*, p. 324/325.
135 Paul Roubier. *op. cit.,* p. 325.
136 Un exemple de privation de la personne est l'esclavage. Il a disparu, mais il vaut rappeler que sa suppression a profité à toutes les personnes qui étaient en état d'esclavage, la loi nouvelle a eu une effet immédiat même sur les situations en cours.

Néanmoins, il faut distinguer les effets du mariage des effets du régime matrimonial, un régime laissé à la volonté des parties et que la loi nouvelle ne peut pas le modifier.

Enfin, si une loi modifie les effets ou les conditions du divorce[137], pour mettre fin au contrat de mariage, cette loi est immédiatement applicable aux mariages en cours, car que le divorce est une institution légale.

Bref, ce dont il faut tenir compte c'est que le postulat de l'unité de législation présent une importance plus grande que le postulat de l'unité de rapports juridiques quand les effets du contrat n'ont pas été choisis par les parties, mais ont été posés par la propre loi.

Une fois analysée l'exception au principe de la survie de la loi ancienne aux contrats en cours, relative à l'application immédiate de la loi nouvelle, il faut étudier l'autre exception à ce principe, l'effet rétroactif de la loi nouvelle.

B. L'effet rétroactif de la loi nouvelle

Selon Hans Kelsen, « on peut contester la valeur morale et politique des lois rétroactives, mais on ne saurait douter qu'elles sont possibles »[138]. Seulement dans des cas très exceptionnels une loi peut avoir des effets rétroactifs en matière contractuelle. Ainsi, d'abord s'impose l'analyse de la validité de la loi rétroactive (1), pour, ensuite, étudier les lois rétroactives (2).

1. La validité de la loi rétroactive

137 De même pour les séparations des corps.
138 Théorie générale du droit et de l'État ; traduction de l'anglais par B. Laroche. *LGDJ*, 1997, p. 94.

Nonobstant le principe de la non-rétroactivité de la loi, une loi peut être rétroactive. La doctrine a formulé plusieurs arguments pour défendre, parfois, la rétroactivité de la loi nouvelle (a). Aussi, le législateur peut décider de donner un effet rétroactif à une loi (b).

a. La rétroactivité en doctrine

i. La notion de rétroactivité. Pour bien comprendre le sujet en question, il faut distinguer rétroactivité de l'effet immédiat. L'effet rétroactif c'est l'application de la loi dans le passé ; l'effet immédiat c'est l'application de la loi dans le présent. Si la loi prétend s'appliquer à des faits accomplis elle est rétroactive, mais si une loi prétend s'appliquer à des situations en cours, il faut établir une séparation entre les parties antérieures à la date du changement de législation, qui ne pourraient être atteintes sans rétroactivité, et les parties postérieures, pour lesquelles la loi nouvelle aura application immédiate[139].

Selon M. Starck[140], « la rétroactivité consiste à faire gouverner par la loi nouvelle non seulement les effets à venir, mais encore l'établissement et les conséquences passées des situations juridiques intervenues avant sa mise en vigueur. La loi rétroactive attache aux actes et faits juridiques régulièrement accomplis au regard de la loi d'origine des conséquences différentes, supprimant *in ovo* tel droit subjectif, accordant *ab initio* à un acte un effet acquisitif refusé par la loi ancienne ».

139 La question sur la différence entre effet rétroactif et immédiat pose beaucoup plus de problème, mais l'étendue de cette controverse ne s'impose pas pour la compréhension du sujet abordé. Sur la controverse voir Paul Roubier. *op. cit*. p. 181 et suivantes.
140 *Op. cit.*, p. 220.

ii. Les catégories des lois rétroactives. Etienne de Szászy[141] mentionne qui « ont un effet rétroactif inhérent à leur nature les lois signalées plus haute qui tendent à établir la publicité de toute une catégorie de rapports juridiques (par exemple, les lois qui créent une publicité réelle de tous les droits immobiliers) ; les lois de dispense définitive en droit privé ; les *leges confirmatoriae* qui donnent un effet juridique à des faits qui en étaient dépourvus, et les *leges annulatoriae* qui ont pour objet d'infirmer, en tout ou en partie, les effets de certains faits juridiques pendant un certain temps ». Cet auteur reconnaît aussi la rétroactivité innée des lois dites favorables qui tendent à remédier à une réglementation juridique peu satisfaisante de la loi ancienne.

D'après Limongi França[142], les auteurs Cicéron, Domat, Merlin et Lassalle, considèrent que les lois ne faisant que rappeler ou restaurer des règles du droit naturel ou de la morale qui avaient été méconnues ont également un effet rétroactif.

Les anciens auteurs français et italiens et presque tous les allemands sont en faveur de la rétroactivité, même en absence de prévision légale, des normes d'ordre public[143].

Les auteurs Vareilles-Sommières, Savigny et ses partisans[144] sont en faveurs de la rétroactivité, même en absence de prévision légale, si les normes ont pour but l'existence ou le contenu des droits.

Paul Roubier, de son côté, défend la rétroactivité seulement par les lois interprétatives, même en absence de prévision légale[145].

Limongi França[146], sur la rétroactivité des lois, fait encore référence aux lois de

141 *Op. cit.*, p. 230.
142 *Op. cit.*, p. 455.
143 Popoviliev. *op. cit.*, p. 502.
144 En sens contraire c'est l'opinion d'Affolter, qui refuse la rétroactivité des lois qui ont pour but l'existence ou le contenu des droits.
145 *Op. cit.,* p. 242 et suivantes.
146 *Op. cit.,* p. 423 et suivantes.

dispense. Selon l'auteur, elles se bornent à apporter à la loi ancienne une dérogation temporaire. Leur caractère législatif fut contesté sous prétexte qu'elles ne rendraient le droit ni plus riche ni plus pauvre ; cependant, elles sont bien des lois dans le sens propre du mot, parce que on estime qu'il faut voir dans toutes dispositions de caractère abstrait, prise par voie générale, une loi proprement dite, et que les lois de dispense rentrent forcément dans cette définition. Les lois de dispense définitives sont rétroactives par leur nature, à la différence des lois moratoires (lois de dispense provisoire) qui n'ont pas nécessairement un tel effet rétroactif.

Pour Jean Carbonnier[147], la rétroactivité est par nature mauvaise, mais parfois la rétroactivité a des effets importants pour la société, « sans la rétroactivité des lois on n'aurait jamais aboli l'esclavage, ni les droits féodaux ».

Enfin, selon la doctrine, « la rétroactivité est nécessaire lorsque le sentiment du droit a tellement changé qu'il y a un abîme insurmontable entre l'esprit des deux lois en conflit, ou lorsque la raison exige que la loi s'attaque davantage au passé »[148].

iii. Le positionnement adopté. Selon notre point de vue, toutes les formes d'application rétroactive des lois posées par la doctrine, sauf les lois de validation ou interprétatives[149], où il n'y ait pas une prévision expresse par le législateur doivent être refusées[150]. Le principe de la non-rétroactivité est essentiel pour la sécurité juridique et seulement en cas extrêmes peut être admise sa dérogation.

En effet, les théories faites pour défendre la rétroactivité de certaines lois sont inacceptables. Selon Paul Roubier[151] même « la rétroactivité des lois favorables, en dehors du droit pénal, est une monstruosité juridique » ; il n'y a pas de lois

147 *Op. cit.*, p. 213.
148 Etienne de Szászy. *op. cit.*, p. 214.
149 Ces lois seront analysées dans le titre suivant (II.B.2).
150 Cela sera analysé dans ci-dessous (II.B.1.b).
151 *Op. cit.*, p. 535.

favorables en droit privé parce que « le droit doit maintenir la balance égale entre les parties: dans un litige entre particuliers, les antagonistes ont un droit égal à se prévaloir de la règle de non-rétroactivité ».

Il faut encore tenir compte de l'article 2 du Code civil qui pose le principe de la non-rétroactivité. Ainsi, si un arrêt décide pour appliquer rétroactivement une loi, sans la prévision légale de sa rétroactivité, il est illégal. Le juge, même en s'appuyant sur la doctrine, selon notre avis, ne peut pas juger une loi rétroactive sans que cela soit expressément déterminé par le législateur.

L'article 2 du Code civil ne donne pas lieu à exception. Il est nécessaire d'admettre que pour qu'une loi puisse rétroagir il faut que le législateur ait ainsi statué, sinon expressément[152], au moins, clairement[153]. En dehors de la volonté du législateur, il n'est pas permis de faire rétroagir la loi, même s'agissant d'une loi d'ordre public ou si elle a pour objet l'existence ou le contenu des droits[154].

En effet, le juge n'a pas le droit de donner à la loi un effet rétroactif, s'il ne trouve pas pour cela dans l'intention du législateur un fondement suffisant, la règle de la non-rétroactivité des lois étant obligatoire pour lui et les exceptions ne se présument pas.

Ainsi, s'impose l'analyse des lois expressément rétroactives.

b. Lois expressément rétroactives

152 L'arrêt rendu par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, le 27 avril 1988, mentionne que seulement la déclaration expresse du législateur a le pouvoir de donner un effet rétroactif à une loi. Néanmoins, plusieurs arrêts de la Cour de cassation admettent l'effet rétroactif même en absence de mention expresse, dès qu'il y ait une volonté évidente du législateur ; raison pour laquelle ceci nous semble le positionnement de la Haute Juridiction.

153 Selon Jacques Ghestin. *op. cit.*, p. 303, « il n'est pas nécessaire cependant que le législateur ait expressément qualifié la loi de rétroactive. Il suffit qu'il ait exprimé sa volonté sans ambiguïté ».

154 En ce sens, voir les arrêts suivants rendus par la Cour de cassation : première chambre civile, le 27 septembre 1983 ; deuxième chambre civile, le 27 avril 1988; et chambre sociale, le 25 juin 1980.

i. Le rôle de l'article 2 du Code Civil. L'effet rétroactif de la loi est strictement prohibé par l'article 2 du Code civil, et les raisons en sont nombreuses, comme analysé au cours de ce travail. Ainsi, étant cette règle applicable aux contrats, les lois nouvelles ne peuvent pas, en principe, régir les situations passées. Les conditions de validité sont donc toujours appréciées selon les règles en vigueur lors de la formation du contrat.

Cependant, l'article 2 du Code Civil n'est pas de caractère constitutionnel et le législateur peut intervenir au contrat, dans son exécution. En effet, à travers l'arrêt rendu le 9 janvier 1980, le Conseil constitutionnel a décidé que l'article 2 du Code civil n'a pas de caractère constitutionnel, mais un caractère de loi ordinaire, fait qui permet sa dérogation par le législateur pour appliquer rétroactivement une loi[155].

Ainsi explique Jean Carbonnier[156] que « pour qu'il fût interdit au législateur de faire des lois rétroactives, il faudrait que le principe de la non-rétroactivité fût inscrit dans un texte de valeur constitutionnelle, supérieur aux lois ordinaires. Il en a bien été ainsi sous le Directoire, où la Constitution de l'An III (Déclaration, article 4), par réaction contre les lois rétroactives de la Révolution, disposait expressément qu'aucune loi, ni criminelle, ni civile, ne pourrait avoir d'effet rétroactif. Mais les Constituants de 1958 n'ont pas voulu d'une formule de ce genre, et dans la Déclaration des Droits de 1789, à laquelle renvoie leur préambule, on trouve seulement consacrée (article 8) la non-rétroactivité des lois pénales ».

Encore, selon le Conseil constitutionnel, cette règle est destinée au juge et non au législateur. François Terré[157] expose que « l'article 2 du code civil s'impose aussi aux juges. Lorsqu'un juge doit fixer le domaine d'application d'une loi nouvelle, l'article 2 lui interdit de donner à cette loi un effet rétroactif ».

Ainsi, le législateur peut, en sacrifiant les principes de sécurité et même de liberté

155 Il faut remarquer que le Conseil constitutionnel a décidé de même manière le 22 juillet 1980, le 30 décembre 1980, le 28 décembre 1995 et le 18 décembre 1998.
156 *Op. cit.*, p. 210.
157 *Op. cit.*, p. 410.

contractuelle, qui justifient le principe de la survie de la loi ancienne aux contrats en cours, attacher un effet rétroactif à une loi nouvelle pour atteindre des buts intéressant à la société.

M. Carbonnier[158], expose que « la pratique s'en est intensifiée depuis 1914, particulièrement en matière contractuelle, où la loi en vigueur au moment de la formation du contrat devrait, s'il n'en était autrement disposé, continuer à le régir jusqu'à sa dissolution ».

Néanmoins, la liberté contractuelle a un caractère constitutionnel, donc le législateur ne peut pas intervenir au contrat de mode à portée atteinte à la liberté contractuelle. En fait, le Conseil constitutionnel a reconnu le caractère constitutionnel de la volonté des parties par l'arrêt rendu le 4 juillet 1983, ayant confirmé ce principe par l'arrêt rendu le 13 janvier 2003.

De cette façon, même si l'article 2 du Code civil n'a pas un caractère constitutionnel, autorisant le législateur à créer des lois rétroactives, la volonté des parties a ce caractère, et le législateur ne peut pas déroger cette volonté. Le Conseil constitutionnel contrôle l'intérêt général invoqué par le législateur ; pour que le législateur puisse toucher la volonté des parties, la jurisprudence impose un ordre public impérieux. Et pour contrôler le législateur et l'intensité de l'ordre public la jurisprudence joue un rôle d'extrême importance.

ii. Le contrôle jurisprudentiel. Même si l'article 2 du Code civil n'a pas un caractère constitutionnel, le législateur ne peut pas toujours violer le principe de la non rétroactivité. La Cour constitutionnel et la Cour Européenne des Droits de l'Homme refusent cette idée et exercent leur contrôle. En effet, par l'arrêt rendu le 13 janvier 2003, le Conseil constitutionnel a décidé que si le législateur ne justifie pas d'un intérêt général suffisant, il ne peut porter atteinte au contrat sans méconnaître les articles 4 et 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme.

158 *Op. cit.*, p. 211.

Pour ces raisons, le législateur doit éviter, dans la mesure du possible, la rétroactivité, mais cela ne veut pas dire qu'il n'existe pas d'hypothèses où des motifs politiques, économiques ou sociaux ne peuvent entraîner la rétroactivité de la loi, puisque dans certains cas, les nécessités du progrès doivent l'emporter sur l'intérêt de sécurité des citoyens et de stabilité de la loi.

En effet, « la rétroactivité de la loi n'est jamais souhaitable pour les contrats en cours; en revanche des raisons supérieures, d'ordre public impérieux, peuvent exiger une telle rétroactivité. Ainsi, la jurisprudence doit analyser cas par cas la situation et se décider pour ou contre la rétroactivité »[159].

iii. Le positionnement adopté. À notre avis, pour qu'il y ait cette exception, la rétroactivité de la loi aux contrats en cours, il faut des raisons supérieures, que l'on n'admet qu'à une double condition : d'une part, le législateur devra exprimer d'une façon expresse ou évidente son intention de munir la loi de cet effet, et, d'autre part, le sentiment du droit ou la raison exige que le législateur mette de côté la loi ancienne normalement compétente.

L'effet rétroactif de la loi nouvelle ne peut pas être admis dans les relations contractuelles, sauf dans les hypothèses supra traitées, puisque l'application rétroactive de la loi nouvelle aux actes juridiques serait une véritable atteinte à la sécurité juridique. Ainsi, chaque fois que le législateur crée des lois nouvelles, il doit tenir compte du conflit des lois et s'occuper des normes transitoires, pour faciliter la mission du juge et exclure les contestations possibles.

Encore, il faut remarquer que si la rétroactivité peut causer un préjudice à un créancier, celui-ci a le droit d'être indemnisé par l'État, qui juge l'intérêt de la norme rétroactive, puisqu'il a agi, au moment da formation du contrat, selon la législation en vigueur et pour cette raison ne peut pas souffrir une préjudice en

159 Limongi França. *op. cit.,* p. 463.

raison de la loi nouvelle.

Après l’analyse sur la possibilité de la rétroactivité de la loi nouvelle, s’impose l’étude des lois rétroactives.

2. Les lois rétroactives

Nonobstant les nombreuses situations données par la doctrine, en plus de l’expresse volonté du législateur, on n’admet comme lois rétroactives que les lois interprétatives (a) et les lois de validation ou confirmatives (b), une fois qu’on est en présence d’une volonté claire du législateur, même si elle n’est pas expresse.

a. Les lois interprétatives

i. La notion de loi interprétative. Une loi est interprétative quand elle a pour but interpréter une règle obscure déjà existante. Dans le même sens, M. Ghestin[160], expose qu‘ « une loi est interprétative lorsqu’elle vient seulement préciser et expliquer le sens obscur et contesté d’un texte déjà existant ».

D’après Jean Carbonnier[161] « pour qu’une loi soit vraiment interprétative, il faut qu’il y ait eu matière à interprétation, qu’il y ait eu une controverse à résoudre (que les tribunaux auraient pu résoudre par leurs propres moyens, quoique plus péniblement, si la loi n’était intervenue) ».

Selon la Cour de cassation, dans l’arrêt rendu par la troisième chambre civile, le 27 février 2002, une loi est interprétative quand « elle se borne à reconnaître sans renouveler un droit préexistant de définition imparfait ».

---

160 *Op. cit.*, p. 306.
161 *Op. cit.*, p. 211.

Pour bien trouver les lois interprétatives, « il faut que le juge examine leur nature même, qu'il constate qu'elles interviennent là où la règle de droit est incertaine et consacrent une situation qui aurait pu être adoptée par la seule jurisprudence »[162].

Un exemple de loi interprétative c'est la loi du 23 octobre 1919. « La loi du 9 mars 1918 avait, dans son article 56, accordé aux locataires le droit de faire proroger les baux et locations verbales déjà en cours au début de la guerre, soit le 1er août 1914. On se demandait si cette disposition s'appliquait aux titulaires de baux antérieurs à la guerre, mais venu à expiration depuis et renouvelés. La Cour de cassation avait décidé que non. La loi du 23 octobre 1919, de caractère interprétatif, vint préciser que l'expression de baux antérieurs au 1er août 1914 comprenait les baux antérieurs renouvelés depuis »[163].

C'est une doctrine fort ancienne celle qui accorde aux lois d'interprétation un effet rétroactif, remontant jusqu'à la date de la loi interprétée. Selon Limongi França[164] « la Novelle 19 de Justinien la présente déjà comme une théorie couramment admise ».

La France a fait beaucoup d'utilisation de lois interprétatives pendant la Révolution. En effet, dans l'ancien droit les lois interprétatives étaient courantes[165]. Dans le projet du Code Napoléon, il y avait même une mention expresse sur la rétroactivité des lois interprétatives. En effet, l'article 2 du projet disposait que « la loi n'a pas d'effet rétroactif, elle ne statue que pour l'avenir. Néanmoins, la loi explicative d'une autre précédente règle même le passé, sans préjudice des

---

162 DEMOGUE, René. *Les Conflits des Lois dans le Temps, in Revue Trimestrielle de Droit Civil*; Paris, 1929, p. 1046.
163 François Terré. *op. cit.*, p. 412.
164 *Op. cit.*, p. 455. De même Paul Roubier, *op. cit.*, p. 242.
165 Toutefois, explique Paul Roubier, *op. cit.*, p. 56 : « la législation de cette époque présente un caractère original qu'il faut relever : le caractère interprétatif d'une disposition se trouve précisé dans la loi elle-même, et celle-ci détermine le plus souvent la mesure et la portée de la rétroactivité qui en découle. Dans la technique législative de cette époque, la loi d'interprétation s'appelle en général Déclaration, et elle s'oppose à l'édit, ou ordonnance qui contient un *jus novum.* Ainsi la définition de ce qui constitue une loi d'interprétation ne soulève guère de discussion devant les juges, et le danger inhérent à toute législation rétroactive se trouve, sinon entièrement écarté, tout au moins circonscrit et limité ».

jugements en dernier ressort, des transactions et décisions arbitrales passées en force de chose jugée ». Cependant, le Code a été approuvé avec une autre rédaction qui supprime la mention aux lois interprétatives.

Néanmoins, la rétroactivité des lois interprétatives persiste même en absence de règle expresse. Et cela en fonction de la nature même des lois interprétatives, que l'on peut trouver dans le fondement donné à la rétroactivité des lois interprétatives.

ii. Le fondement et l'étendue de la rétroactivité. Nonobstant toute la doctrine qui expose que les lois vraiment[166] interprétatives sont rétroactives, le fondement donné à cette rétroactivité varie selon tel et tel courant.

Une partie de la doctrine croit pouvoir soutenir la thèse de l'effet rétroactif de la loi interprétative par le motif que la loi interprétative n'étant pas une loi nouvelle qui pourrait entrer en conflit avec la loi interprétée, elle se confond avec cette dernière. Selon ce courant, la loi interprétative fait corps avec la loi interprétée ; ainsi, l'identité des deux lois est telle que la rétroactivité de la loi d'interprétation n'est qu'apparente. En réalité, la loi interprétée doit être considérée comme ayant été prise avec l'interprétation postérieurement définie.

D'après notre avis, ce fondement ne peut pas être retenu. L'identité prétendue de la loi d'interprétation et de la loi interprétée n'est qu'un fait imaginaire. Ce courant, en disant qu'une fait corps avec l'autre, n'explique pas le motif pour lequel la loi interprétative n'est pas applicable aux cas jugés.

Enfin, selon Etienne de Szászy[167], « cette doctrine oublie qu'il y a des lois d'interprétation qui viennent apporter des solutions claires et complètes dans un corps de droit coutumière confus, et qu'alors il n'y a pas de règle législative antérieure à expliquer ».

166 On utilise ici le terme « vraiment » puisque de plus en plus le législateur déguise une loi modificative sous le couvert d'une loi dite interprétative, pour la rendre rétroactive sans le dire.
167 *Op. cit.*, p. 235.

Selon Roubier[168], le fondement de la rétroactivité des lois interprétatives a un caractère juridictionnel. La loi d'interprétation, au fond, ne fait pas partie de la législation, mais de la jurisprudence, puisque en effet le législateur qui veut fixer quel est le sens du droit existant se place sur le terrain du juge, jouant un rôle analogue.

Ainsi, la loi d'interprétation rétroagit tout comme rétroagirait un changement de jurisprudence[169], c'est-à-dire que son effet s'arrêt devant les affaires définitivement jugées. La différence entre l'effet rétroactif des lois d'interprétation et les lois expressément rétroactives consiste, selon cet auteur, en ceci que la loi d'interprétation agit, à la différence des ces dernières, même sur les procès en cassation, tandis que les lois expressément rétroactives s'arrêtent devant les litiges soumis à cassation.

Selon notre point de vue, ce fondement ne peut pas être retenu non plus. Faire du législateur un juge, en disant que la loi interprétative fait partie de la jurisprudence nous semble plus imaginaire encore. Le législateur à son rôle bien défini même quand il fait des lois interprétatives, destinées à interpréter une loi antérieure pour lui aussi faite.

Ainsi, il faut supposer qu'une loi contienne quelque obscurité, si bien que son sens n'est pas facile à déterminer; le législateur peut alors édicter une nouvelle loi dont l'objet est simplement d'expliquer le sens de la loi précédente.

Dans ce cas, la loi nouvelle, d'interprétation, s'incorpore pour ainsi dire à la loi ancienne, interprétée, elle ne fait plus qu'une avec elle, en conséquence elle est rétroactive. De toute façon, elle doit respecter la chose jugée, puisque le législateur ne peut pas changer une loi, sous l'argumentation de l'interpréter, si l'interprétation donnée pour les tribunaux ne le convient pas.

---

168 *Op. cit.*, p. 539.

169 Sur l'effet rétroactif d'un revirement de jurisprudence voir les « Rapports de la Cour de cassation » de l'année 2004.

Ce fondement, on le trouve chez Jean Carbonnier[170], pour qui « quand le législateur élabore une loi pour trancher les difficultés d'interprétation qu'avait soulevées, dans les tribunaux, le premier texte, cette loi interprétative, faisant corps avec le texte interprété, a la même sphère d'application ; elle s'appliquera donc naturellement à des faits antérieurs à son entrée en vigueur ».

La doctrine en général est presque unanime[171] pour admettre la loi interprétative comme une loi rétroactive. Cependant, une partie de la doctrine, défendue par M. Gabba et M. Affolter, exige une clause d'interprétation dans la loi.

Cela vaut dire que la loi doit avoir été qualifiée de manière explicite comme interprétative par le législateur pour qu'elle puisse être rétroactive.

Une autre partie, défendue par Paul Roubier, estime que le juge peut interpréter la loi et la déclarer interprétative, alors rétroactive, selon le sens donné par le législateur et la nature de la loi.

En effet, nous comprenons qu'une loi puisse être interprétative, et alors rétroactive, même en absence de mention expresse par le législateur, si la loi est claire en son but évidemment interprétatif, puisque la propre nature des lois interprétatives impose la rétroactivité.

Encore, il n'y a pas non plus d'accord entre les auteurs en ce qui concerne l'étendue de la rétroactivité. Une partie de la doctrine considère l'effet rétroactif de la loi interprétative comme absolu, étant donné que toutes les lois interprétatives sont entièrement rétroactives. D'autres y apportent des restrictions.

Selon notre avis, la loi interprétative est, en règle, rétroactive, néanmoins elle ne peut pas portée atteinte aux décisions de la justice. Cela veut dire qu'à partir du

170 *Op. cit.*, p. 211.
171 En effet, Mailher de Chassat, *op. cit.*, défend que ni les lois interprétatives peuvent être rétroactives par rapport aux contrats en cours ; *apud* Limongi França, *op. cit.,* p. 136.

moment où la justice a pris une décision, ni même la loi interprétative peut rétroagir pour atteindre cette décision rendue dans une affaire accomplie.

En ce sens, la jurisprudence gagne une importante tâche de contrôler le législateur, pour éviter les lois interprétatives qui ont pour but modifier un entendement jurisprudentiel.

iii. Le contrôle jurisprudentiel. Sachant que le législateur parfois déguise une loi sous la forme interprétative, les juges recherchent s'il y a une vraie obscurité à éclaircir et ne s'attachent pas à la qualification donnée par le législateur. Dans ce sens, la Cour de cassation se réserve le droit d'apprécier s'il s'agit vraiment d'une loi interprétative, car « les lois rétroactives sont impopulaires en raison de l'atteinte qu'elles portent aux situations acquises. Édicter une loi faussement qualifiée d'interprétative est un moyen d'éviter la censure de l'opinion publique »[172].

Ainsi, la Cour de cassation n'a jamais hésité en refuser la qualification donnée par le législateur à une loi[173]. Récemment, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, par l'arrêt rendu le 23 janvier 2004, a jugé que le tribunal peut exercer un contrôle pour décider s'il s'agit d'une loi interprétative ou d'une loi qui veut modifier l'interprétation des tribunaux.

Selon la Haute juridiction, même la loi interprétative ne peut être applicable rétroactivement que sous l'argument d'être d'impérieux intérêt public. Dans ce sens, la Cour de cassation, par l'arrêt rendu par la troisième chambre civile, le 07 février 2002, a décidé qu'une loi interprétative d'ordre public impérieuse doit s'appliquer même aux contrats antérieurs.

Pour que le législateur puisse intervenir au contrat, il faut vraiment un impérieux motif d'ordre public, c'est-à-dire, le législateur ne peut pas tout faire. En effet, à

172 Jacques Ghestin. *op. cit.*, p. 309.
173 Cour de cassation, chambre sociale, le 16 mai 1957, le 20 mai 1958, et le 10 janvier 1989.

partir du moment où la jurisprudence a adopté une interprétation, la loi interprétative ne peut plus être rétroactive et elle doit être analysé comme une loi normale, ayant ses effets à partir de leur publication.

b. Les lois de validation ou confirmatives

i. La notion de loi de validation. « On entend par là, les lois qui donnent à des actes passés sous l'empire de la loi ancienne leur pleine valeur juridique, alors qu'ils auraient dû être annulés au regard de ladite loi »[174]. Autrement dit, il s'agit des lois qui ont pour but valider une situation irrégulière selon la loi ancienne[175].

« Qu'elles aient pour objet de prévenir l'annulation d'un acte, réglementaire ou non, de limiter les effets d'une décision de justice ou encore faire radicalement échec à l'interprétation de la règle de droit par le juge en lui substituant une règle nouvelle douée de rétroactivité, les lois de validation occupent une place de choix dans les rapports, par nature complexes, qu'entretiennent le Parlement, le Gouvernement et les juridictions tant judiciaires qu'administratives »[176].

Un exemple traditionnel de loi de validation par rapport aux contrats c'est la loi du 21 juin 1843. En fait, la loi du 25 ventôse An XI « exigeait pour tout acte notarié la présence de deux notaires, ou d'un notaire et de deux témoins instrumentaires. Or, l'usage s'était établi en sens contraires : on négligeait la signature du deuxième notaire ou des témoins. Les actes ainsi passés étaient donc nuls en la forme. On s'en aperçu, ce qui provoqua une forte émotion dans le notariat. À la demande des notaires fut donc votée la loi du 21 juin 1843 qui supprima la présence du second notaire (sauf pour certains contrats) et valida rétroactivement tous les actes faits irrégulièrement avant cette loi. C'est là, si l'on peut dire, de la

174 B. Starck, *op. cit.*, p. 221.
175 Un exemple c'est la loi du 27 décembre 1994 validant la rémunération de certains services rendus par les huissiers de justice à l'époque interdits.
176 PRÉTOT, Xavier. *Les validations législatives et le droit au procès équitable, in Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger* ; LGDJ, Paris, 2001, p. 23.

bonne rétroactivité, puisque, loin de créer l'insécurité, elle évite au contraire »[177].

Plus actuellement, des lois de validation ont été bien utilisées pour assurer la sécurité juridique ; cela s'est passé par la loi organique du 2 juillet 1987 qui opère une double validation, d'une côté, elle a validé la nomination des magistrats non conformes aux dispositions statutaires en vigueur et, d'autre côté, elle a validé les actes accomplis pour lesdits magistrats. Encore, on a la loi du 27 décembre 1994 qui a validé la rémunération de certains services rendus par les huissiers de justice.

C'est sous cet esprit de sécurité juridique que la loi de validation ou confirmative doit être édictée. Néanmoins, le législateur, parfois, utilise des lois de validation pour donner un effet rétroactif à une loi qui est interprétée d'une façon insatisfaisante par la jurisprudence.

Un exemple c'est l'affaire du tableau d'amortissement. « La Cour de cassation ayant privé du droit aux intérêts les prêteurs n'ayant pas remis aux emprunteurs des échéanciers des amortissements »[178]. La loi du 12 avril 1996 vient et valide, pour le passé, ces pratiques bancaires. Ainsi, malgré l'irrégularité initiale des contrats n'ayant pas donné lieu à litige, ces contrats, parce qu'ils fondent le droit à des intérêts, ont été validés par la loi nouvelle[179].

Il nous semble évident que ladite loi n'avait aucune intention de valider une pratique pour assurer la sécurité juridique ; au contraire, contre la sécurité des actes juridiques, le législateur a utilisé un artifice pour favoriser une certaine catégorie ou collectivité des personnes morales.

En ce cas, la jurisprudence n'a pas empêché la mauvaise utilisation des lois de validation. Cependant, la jurisprudence peut jouer ce rôle et souvent empêche l'utilisation de cet artifice du législateur.

---

177 B. Starck. *op. cit.*, p. 221.
178 François Terré, *op. cit.*, p. 413.
179 Selon les arrêts rendu par la Cour de cassation : première chambre civile, le 20 juin 2000 ; et assemblée plénière, le 24 janvier 2003.

Par rapport à l'étendue de la loi de validation, le législateur peut imprimer une rétroactivité à intensité variable. Il peut disposer que la loi nouvelle ne saisira les actes passés que dans la mesure où aucune action en justice n'aura été introduite avant l'entrée en vigueur de celle-ci ; mais il peut tout aussi bien choisir d'appliquer rétroactivement la loi nouvelle aux contrats en cours ou qui ont déjà fait l'objet d'une action contentieuse. Il faut préciser que, dès à présent, cette dernière hypothèse est de plus en plus critiquée et empêchée par les tribunaux.

ii. Le contrôle jurisprudentiel. Ainsi comme pour les lois interprétatives, supra analysées, le législateur est limité et contrôlé par le juge par rapport les lois de validation.

Pour que le législateur puisse édicter une loi de validation, le Conseil constitutionnel exige un intérêt public d'ordre impérieux, d'après l'arrêt rendu le 9 avril 1996. On voit ce contrôle de manière plus nette quand les juges refusent l'application de la théorie de validation de Dekeuwer-Defossez par rapport aux contrats en cours.

En effet, Dekeuwer-Defossez[180] a créé une théorie selon laquelle une loi nouvelle peut valider un contrat non valable, selon la loi du jour où il a été établi, si cette loi nouvelle n'exige pas la condition qui a déterminé la non validité de l'acte.

Néanmoins la jurisprudence a bien refusé cette théorie ; puisqu'en règle « la rétroactivité des lois favorables, en dehors du droit pénal, est une monstruosité juridique », il n'y a pas de lois favorables en droit privé parce que « le droit doit maintenir la balance égale entre les parties : dans un litige entre particuliers, les antagonistes ont un droit égal à se prévaloir de la règle de non-rétroactivité »[181].

Cette théorie de Dekeuwer-Defossez n'a été admise ni par la jurisprudence, ni par

180 *Op. cit.*.
181 Paul Roubier. *op. cit.*, p. 535.

la doctrine en général, et pour les effets passés du contrat on applique toujours la loi ancienne, car c'est le principe de la non-rétroactivité de la loi nouvelle qui doit prévaloir.

En effet, d'abord cette nécessité d'« impérieux motifs d'ordre général »[182] a été exigée par la Cour européenne des droits de l'homme. Ainsi, on voit que la Cour européenne des droits de l'homme a influencé le Conseil d'État[183].

Concernant la Cour européenne des droits de l'homme, après avoir paru condamner par principe, dans un premier arrêt[184] rendu en 1994, toute mesure de validation législative, elle a nuancé son propos dans un arrêt rendu trois ans plus tard. « S'agissant en l'espèce d'un contentieux né d'une intervention du législateur britannique tendant à donner rétroactivement force législative à un règlement en matière fiscale auparavant invalidé par la Chambre des Lords, la Cours a refusé, à l'unanimité, de conclure à la méconnaissance des stipulations de l'article 6, paragraphe 1er, de la Convention[185] »[186].

Néanmoins, deux années plus tard, la Cour a décidé[187] que « si, en principe, le pouvoir législatif n'est pas empêché de réglementer en matière civile, par de nouvelles dispositions à portée rétroactive, des droits découlant des lois en vigueur, le principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable consacré par l'article 6 de la CEDH s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'ordre général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire d'un litige ».

Ainsi, pour la Cour européenne de Strasbourg, le droit au procès équitable

182 Cour européenne des droits de l'homme, le 28 octobre 1999.
183 Sur l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit interne voir l'article d'Anne Debet, *op. cit.*.
184 Cour européenne des droits de l'homme, le 9 décembre 1994, l'affaire Raffineries Grecques Stan et Stratis Andreadis contre Grèce. Le litige se rapportait, en l'espèce, à l'annulation par la loi d'une sentence arbitrale constatant l'existence d'une dette de l'État.
185 Cour européenne des droits de l'homme, le 23 octobre 1997, l'affaire National et Provincial Building Society contre Royaume-Uni.
186 Xavier Prétot, *op. cit.*, p. 25.
187 Cour européenne des droits de l'homme, le 28 octobre 1999, l'affaire Zielinski contre France ; *apud* Jean-Pierre Marguénaud, *in* RTD civ. 2000, p. 436.

s’oppose par principe à toute intervention du législateur dans le cours normal de la justice et les lois de validation ne se justifient que pour d’impérieux motifs d’ordre général.

iii. Le positionnement adopté. À notre avis, les lois de validation ou lois confirmatives sont importantes pour le système juridique, puisqu’elles permettent d’assurer la validité des actes contraires aux lois en vigueur à l’époque, en raison de l’usage dans le temps, en assurant la sécurité juridique souhaitable. Dans ce cas, on a « la bonne rétroactivité » de la loi, pour utiliser le même expression de M. Starck[188].

Néanmoins, la question n’est pas aussi simple. Les faits qui n’ont pas déterminé la constitution d’une situation juridique d’après la loi en vigueur au jour où ils se sont produits, ne peuvent, en vertu d’une loi nouvelle, être considérés comme ayant entraîné cette constitution. Dans ce cas là on est en face d’une mauvaise rétroactivité, qui incite la désobéissance de la loi.

Il n’est pas souhaitable que pas que la loi nouvelle vienne créer un nouveau mode de constitution d’une situation juridique, ou qu’elle vienne diminuer le nombre des conditions nécessaires pour cette constitution d’après la loi ancienne. Si l’acte juridique a été fait sur l’empire de la loi ancienne, c’est cette loi qui doit le régir et le valider ou non.

En effet, l’application de la loi en vigueur au jour de la formation du contrat pour vérifier la validité du contrat est défendue, soit par les adeptes de la théorie classique de Gabba, soit par les adeptes de la théorie moderne de Roubier.

Ainsi, on partage la position de la Cour européenne des droits de l’homme et du Conseil constitutionnel pour lesquels les lois de validation ne se justifient qu’en cas d’ « intérêt public d’ordre impérieux », à être analysé coup sur coup.

188 *Op. cit.*, p. 221.

Néanmoins, il vaut remarquer que l'on désapprouve les lois de validation, pour tous les arguments déjà posés, à partir du moment où celles-ci portent atteinte aux volontés des parties.

CONCLUSION

Le droit ne reste pas immobile, il suit l'évolution des idées et le changement des besoins sociaux. Même codifié, il est constamment l'objet de réformes et de modifications. Dans le changement législatif, tout passage d'un ordre juridique à un autre soulève dans la pratique de nombreuses questions de droit transitoire. Ces questions gagnent encore plus d'intérêt lorsqu'il s'agit d'une loi qui règle une relation contractuelle, où la volonté des parties joue un rôle d'extrême importance.

Pour résoudre ces questions plusieurs théories ont été élaborées en différents pays. D'entre les diverses théories, deux se dégagent : la théorie classique, défendue par l'italien M. Gabba, et la théorie moderne, défendue par le français M. Roubier.

La première, développée au XIXème siècle, a mis l'accent sur l'individualisme. Cette théorie explique que toutes les lois nouvelles sont en règle rétroactives ; cependant elles doivent toujours respecter les droits acquis, qui ne peuvent pas

être modifiés par une loi nouvelle. En considérant le contrat comme un droit acquis, cette théorie expose qu'une fois formée la relation contractuelle, la loi en vigueur au jour de la conclusion du contrat doit régir le contrat pour toute sa vie, même en cas de changement de loi. Les exceptions sont admises : l'ordre public et l'intérêt général peuvent autoriser l'application immédiate de la loi nouvelle au contrat en cours.

Cette théorie se montre bien enracinée dans l'ordre juridique et la plupart de la jurisprudence utilise cette théorie pour résoudre les conflits des lois dans le temps. Pour protéger au maximum la volonté des parties, la jurisprudence n'autorise l'application immédiate de la loi nouvelle au contrat en cours qu'en présence d'un ordre public impérieux.

Cependant, le caractère subjectif de cette théorie démontre sa fragilité. En effet, la notion de droit acquis, ainsi que la notion d'ordre public, peuvent être interprétées selon la volonté de celui qui l'interprète.

En s'insurgeant contre ce subjectivisme et individualisme, au cours du XXème siècle, le français Paul Roubier créa la théorie moderne. Selon cette théorie, des préoccupations d'intérêt général donnent la priorité à l'effet immédiat de la loi nouvelle aux situations juridiques en cours ; en effet, la loi nouvelle étant présumée meilleure que l'ancienne, il faut s'efforcer de l'appliquer au maximum de faits et d'actes. Par rapport aux contrats, cette théorie admet la survie de la loi ancienne, sur l'argument que la volonté des parties, qui constitue un acte de prévision, doit être suivie. Les exceptions sont aussi admises : dès que la loi nouvelle a changé un statut légal, elle doit être immédiatement applicable.

Cette théorie a peu d'application jurisprudentielle, nonobstant on trouve quelques arrêts qui ont jugé dans ce sens ; en revanche, la plupart de la doctrine actuelle admet cette théorie, en refusant la théorie classique.

Bref, soit sur le support de la théorie classique soit sur le support de la théorie

moderne, en principe, on applique aux contrats en cours la loi applicable au jour de la formation de celui-ci.

Ce principe a des conséquences soit dans la période précontractuelle soit dans la période contractuelle. D'abord, pour qu'on puisse parler d'un contrat en cours, il faut forcément l'existence d'un contrat légalement formé. Cependant, la complexité de la société exige une analyse du sujet dans la période précontractuelle.

Même avant la conclusion du contrat, dans la période de négociations et pourparlers, un ou plusieurs éléments, ayant une valeur juridique propre au regard de la formation du contrat, peuvent être déjà réunis et la loi nouvelle doit les respecter. Ainsi, la loi nouvelle ne pourrait pas atteindre ces éléments dans leurs conditions de validité et dans les effets qu'ils ont déjà produits.

Encore, les parties peuvent signer des contrats préliminaires ou préparatoires ; ces contrats formés dans la période précontractuelle constituent de véritables contrats et le la loi nouvelle doit respecter la volonté des parties.

Quant à l'étendue du principe de la survie de la loi ancienne aux contrats en cours dans la période contractuelle, deux problèmes se soulèvent : les contrats à terme ou conditionnels et la continuation du contrat.

Nonobstant le débat doctrinal autour du sujet, le droit positif français reconnaît les contrats à terme et le contrat conditionnel comme des contrats légalement formés. Ainsi, peu de problème reste pour refuser l'application immédiate de la loi nouvelle à ces types de contrats.

Quant à continuation du contrat, le problème se pose plus par rapport au jour de la formation du contrat que par rapport à l'application du principe de la survie de la loi ancienne. En effet, s'agissant de prorogation du contrat, la doctrine et la jurisprudence ont bien décidé par l'application de la loi ancienne une fois qu'il y a

seulement une prorogation du terme final du contrat. Cependant, il en va autrement dans le cas de reconduction tacite, où il y a un nouveau contrat et la loi applicable est celle du jour de la formation de celui-ci.

De toute façon, les grandes controverses de ce sujet ne se trouvent pas dans l'application du principe de la survie de la loi ancienne aux contrats en cours, mais dans l'analyse des exceptions à ce principe. En effet, le principe peut être dérogé soit pour appliquer immédiatement la loi nouvelle soit pour appliquer rétroactivement ladite loi aux contrats en cours.

Selon on a vu, la théorie classique autorise l'application de la loi nouvelle aux contrats en cours en cas d'ordre public et d'intérêt général, alors que la théorie moderne l'autorise seulement en cas de changement du statut légal. Encore, la loi nouvelle peut être applicable si expressément prévue son application immédiate.

La jurisprudence, en effet, admet les trois modalités pour appliquer la loi nouvelle aux contrats en cours ; néanmoins, pour protéger la volonté des parties des parties, elle contrôle le législateur par le biais d'un ordre public impérieux.

Encore dans le champ d'application immédiate de la loi nouvelle, on a les effets d'origine légale du contrat en cours, l'une des matières les plus délicates du droit transitoire contractuel.

Certes, la théorie classique défend l'application de la loi ancienne à ces effets, sur le fondement du postulat de l'unité du rapport juridique ; en revanche, la théorie moderne défend l'application de la loi nouvelle aux effets d'origine légale, sur le fondement du postulat de l'unité de législation.

En effet, le conflit de ces deux théories traduit un conflit entre deux postulats opposés : celui du maintien de l'unité du rapport juridique et celui du maintien de l'unité de la législation. Ces postulats s'excluent réciproquement et l'un ne peut pas se produire sans préjudice de l'autre ; il faut donc choisir entre eux.

Ainsi, on doit choisir la doctrine moderne parce que le postulat de l'unité de législation présente une importance plus grande que le postulat de l'unité de rapports juridiques vis-à-vis des effets d'origine légale. Cela parce que les conséquences de ces effets n'ont pas été choisies par les parties, mais ont été posées par la loi ; or, si la loi a changé ces conséquences, elles doivent être posées par la loi actuelle. Cette conclusion a des conséquences en plusieurs situations juridiques, d'entre elles il faut remarquer le droit de créance, le droit réel et le statut de la personne.

Enfin, le principe de la survie de la loi ancienne aux contrats en cours peut être dérogé pour appliquer rétroactivement une loi nouvelle. L'application rétroactive de la loi est presque toujours critiquée et dangereuse au système juridique, face à l'insécurité juridique qui crée.

Cependant, doctrine et jurisprudence accordent que la rétroactivité est nécessaire lorsque le sentiment du droit a tellement changé qu'il y a un abîme entre l'esprit des deux lois en conflit, ou lorsque la raison exige que la loi s'attaque davantage au passé.

Du point de vue de droit positif, la rétroactivité est admise une fois que l'article 2 du Code civil n'a pas de caractère constitutionnel. Ainsi, on peut admettre dans ce sens les lois expressément rétroactives, les lois interprétatives et les lois de validation.

De toute façon, l'autonomie de la volonté a ce caractère constitutionnel et le juge doit analyser l'intérêt du législateur à édicter une loi rétroactive. Sur ce sujet, il faut remarquer encore la protection que la Cour européenne des droits de l'homme donne aux individus contre les lois rétroactives.

En effet, selon posé par la Cour européenne des droits de l'homme et adopté *in totum* par la Haute juridiction française, seulement en cas d'impérieux motifs

d'ordre général une loi peut être applicable rétroactivement aux contrats en cours.

BIBLIOGRAPHIE

Articles de doctrine lus ou mentionnés

AUBY, J. M.. *L'incompétence ratione temporis - Recherche sur l'application des actes administratifs dans le temps, in Revue de Droit Public et de la Science Politique* ; LGDJ, Paris, 1953.

BACH, Eugène Louis. *Contribution à l'étude du problème de l'application des lois dans le temps, in Revue Trimestrielle du Droit Civil* ; Sirey, Paris, 1969.

BOLARD, G.. *Droit transitoire et procédure civile, in Mélanges Jean Foyer* ; Paris, 1997.

CATALA, Pierre. *Rapport de Synthèse - l'ordre public, in Travaux de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française* ; LGDJ, Paris, 1998.

DEBET, Anne. *Le Code civil et la Convention européenne des droits de l'homme, in 1804 - 2004 Le Code civil, un passé, un présent, un avenir* ; Dalloz, Paris, 2004.

DEMOGUE, René. *Les conflits des lois dans le temps, in Revue Trimestrielle* ; Paris, 1929.

DOUAI, de Merlin. *Effet rétroactif*, *in Répertoire de Jurisprudence* ; vol. V, 5ème édition, Paris, 1827.

DUGUIT. Léon. *La non-rétroactivité des lois et l'interprétation des lois, in Revue de Droit Public* ; Paris, 1910.

FAGES, Bertrand et MESTRE, Jacques. *Clause dérogatoire et loi postérieure*, *in Revue Trimestrielle du Droit Civil* ; Paris, 2001.

HAGE-CHAHINE, Fayez. *Rapport général - l'ordre public, in Travaux de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française* ; LGDJ, Paris, 1998.

MARGUÉNAUD, Jean-Pierre. *Droit communautaire et vente : les enjeux d'une transposition à venir (directive du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation), in Revue Trimestrielle du Droit Civil* ; Paris, 2000.

NAZ, R.. *Droits Acquis, in Dictionnaire de Droit Canonique* ; IV, Paris, 1949.

NORMAND, J.. *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire privé au cours de la dernière décennie, in Mélanges Raynaud* ; Paris, 1985.

POPOVILIEV, M.. *Le droit civil transitoire ou intertemporal, sa nature juridique, sa règle générale et sa place dans la législation, in Revue Trimestrielle du Droit Civil* ; Paris, 1908.

PRÉTOT, Xavier. *Les validations législatives et le droit au procès équitable, in Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger* ; LGDJ, Paris, 2001.

ROUBIER, Paul. *Distinction de l'effet rétroactif et de l'effet Immédiat de la loi, in Revue Trimestrielle du Droit Civil* ; Paris, 1928.

ROUBIER, Paul. *De l'effet des lois nouvelles sur les procès en cours, in Mélanges Maury* ; II, Paris, 1960.

SZÁSZY, Etienne de. *Les conflits des lois dans le temps, in Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* ; Paris, 1934.

VAREILLES-SOMMIÈRES. *Une théorie nouvelle sur la rétroactivité des lois*, *in Revue Critique de Législation et de Jurisprudence* ; XXII, Paris, 1893.

Traités et ouvrages lus ou mentionnés

CAPITANT, H., COLIN, A. *Cours élémentaire de droit civil français* ; tome I, 4ème édition, Dalloz, Paris, 1923.

CAPITANT, H., TERRÉ, F. et LEQUETTE, Y.. *Les grands arrêts de la jurisprudence civile* ; tome 1, 11ème édition, Dalloz, Paris, 2000.

CARBONNIER, Jean. *Droit civil - introduction - Thémis Droit Privé* ; 24ème édition, PUF, Paris, 1996.

CHASSAT, Mailher de. *Commentaire approfondi du Code civil* ; 2ème volume, Paris, 1832.

CHIRONI. *Trattato di diritto civile italiano* ; I, Rome, 1904.

COURSIER, Philippe. *Le conflit de lois en matière de contrat de travail* ; bibliothèque de droit privé, tome 230, LGDJ, Paris, 1993.

COULANGES, Fustel de. *La cité antique* ; Flammarion, Paris, 1984.

DEKEUWER-DÉFOSSEZ, Françoise. *Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine* ; bibliothèque de droit privé, tome 151, LGDJ, Paris, 1977.

DEMOLOMBE, C.. *Cours de Code Napoléon* ; I, Paris, 1880.

DOMAT, M.. *Les lois civiles dans leur ordre naturel* ; Paris, 1756.

DUGUIT, Léon. *L'État, le droit objectif et la loi positive* ; Dalloz, Paris, 2003.

FRANÇA, R. Limongi. *Direito intertemporal brasileiro* ; RT, 2ème édition, Rio de Janeiro, 1968.

GABBA, C. F.. *Teoria della retroatività delle leggi* ; Rome, 1898.

GHESTIN, J.; GOUBEAUX. G.. *Traité de droit civil - introduction générale* ; 3ème édition, LGDJ, Paris, 1990.

GHESTIN, J.; JAMIN, C. et BILLIAU, M.. *Traité de droit civil - les obligations - les effets du contrat* ; 3ème édition, LGDJ, Paris, 2001.

GHESTIN, J.; VINEY, G. et JOURDAIN, P.. *Traité de droit civil - les obligations - les conditions* ; 2ème édition, LGDJ, Paris, 1998.

KELSEN, Hans. *Théorie générale du droit et de l'État* ; traduction de l'anglais par B. Laroche, LGDJ, 1997.

LARROUMET, C.. *Introduction à l'étude du droit privé* ; 4ème édition, Economica, Paris, 2004.

LASSALLE, Ferdinand. *Théorie systématique des droits acquis* ; traduction en français de Charles Andler, Paris, 1904.

LEVEL, P.. *Essai sur les conflits de lois dans le temps* ; LGDJ, Paris, 1959.

MALAURIE, P. et MORVAN, P.. *Droit civil - introduction générale* ; Defrénois, Paris, 2001.

MALINVAUD, P.. *Introduction générale au droit* ; 10ème édition, Litec, Paris, 2004.

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis* ; 2ème édition, Rio de Janeiro, 1955.

MERCOLI, Sylvain. *La rétroactivité dans le droit des contrats* ; Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-Marseille, 2001.

PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil* ; tome I, 5ème édition, refondu et complété par Georges Ripert et Jean Boulanger, LGDJ, Paris, 1954.

ROUBIER, Paul. *Le droit transitoire - conflits des lois dans le temps* ; 2ème édition, Dalloz et Sirey, Paris, 1960.

SAVIGNY. *Sistema del diritto romano attuale* ; traduction en italien de Scialoja, VIII, Turin, 1898.

STARCK, B.; ROLAND, H. et BOYER, L.. *Droit civil - introduction au droit* ; Litec, Paris, 2002.

TERRÉ, François. *Introduction générale au droit* ; 6ème édition, Dalloz, Paris, 2003.

TERRÉ, François ; SIMLER, P. et LEQUETTE, Y.. *Droit civil - les obligations* ; 8ème édition, Dalloz, Paris, 2002.

ZACHARIAE, K. S.. *Le droit civil français* ; traduction en français de Massé et Vergé, I, Paris, 1854.

JURISPRUDENCES MENTIONNÉES

Cour de cassation, chambre civile, le 13 mai 1817.
bull. 1817, n. 43, p. 147.

Cour de cassation, chambre civile, le 22 mars 1820.
bull. 1820, n. 31, p. 117.

Cour de cassation, chambre civile, le 07 novembre 1825.
bull. 1825, n. 85, p. 319.

Cour de cassation, chambre civile, le 22 février 1873.
bull. 1873, n. 23, p. 59.

Cour de cassation, chambre civile, le 20 juin 1888.
bull. 1888, n. 240, p. 374.

Cour de cassation, chambre civile, le 26 avril 1892.
bull. 1892, n. 93, p. 139.

Cour de cassation, chambre civile, le 07 juin 1901.

Cour de cassation, chambre civile, le 25 juin 1902.

Conseil constitutionnel, le 9 janvier 1908.

Cour de cassation, chambre civile, le 08 juin 1908.

Cour de cassation, chambre civile, le 30 novembre 1920.
bull. 1920, t. 1, n. 64, p. 123.

Cour de cassation, chambre civile, le 11 avril 1921.
bull. 1921, t. 1, n. 66, p. 119.

Cour de cassation, chambres réunies, le 13 janvier 1932.
bull. 1932, t. 1, n. 11, p. 8.

Cour de cassation, chambre civile, le 24 novembre 1955.
bull. 1955, t. 1, n. 408, p. 329.

Cour de cassation, chambre sociale, le 16 mai 1957.
bull. 1957, t. 2, cinquième partie, n. 566, p. 403.

Cour de cassation, chambre sociale, le 20 mai 1958.
bull. 1958, t. 2, cinquième partie, n. 626, p. 464.

Cour de cassation, première chambre civile, le 29 avril 1960.
bull. 1960, t. 1, première partie, n. 218, p. 178.

Cour de cassation, première chambre civile, 27 mai 1961.
bull. 1961, t. 1, première partie, n. 270, p. 214.

Cour de cassation, chambre commerciale, le 15 juin 1962.
bull. 1962, t. 2, quatrième partie, n. 313, p. 258.

Cour de cassation, troisième chambre civile, le 03 octobre 1968.
bull. 1968, t. 1, troisième partie, n. 356, p. 273.

Cour de cassation, chambre commerciale, le 27 octobre 1969.
bull. 1969, t. 2, quatrième partie, n. 316, p. 297.

Cour de cassation, troisième chambre civile, le 21 janvier 1971.
bull. 1971, t. 1, troisième partie, n. 57, p. 87.

Cour d'appel de Rennes, deuxième chambre, le 2 mai 1973.

Cour de cassation, chambre sociale, le 29 novembre 1978.
bull. 1978, t. 2, cinquième partie, n. 804, p. 607.

Cour de cassation, première chambre civile, le 13 février 1979.
bull. 1979, t. 1, première partie, n. 53, p. 44.

Cour de cassation, troisième chambre civile, le 29 janvier 1980.
bull. 1980, t. 1, troisième partie, n. 38, p. 31.

Cour de cassation, chambre sociale, le 25 juin 1980.
bull. 1980, t. 2, cinquième partie, n. 564, p. 424.

Conseil constitutionnel, le 22 juillet 1980.
D. 80 – 117 DC.

Conseil constitutionnel, le 30 décembre 1980.
D. 80 – 126 DC.

Cour de cassation, chambre mixte, le 13 mars 1981.
bull. 1981, t. 1, première partie, n. 89, p. 75.

Cour de cassation, première chambre civile, le 17 juin 1981.
bull. 1981, t. 1, première partie, n. 223, p. 182.

Cour de cassation, troisième chambre civile, le 07 janvier 1982.
bull. 1982, t. 1, troisième partie, n. 6, p. 5.

Cour de cassation, première chambre civile, le 04 mai 1982.
bull. 1982, t. 1, première partie, n. 154, p. 137.

Conseil constitutionnel, le 4 juillet 1983.
D. 83 – 157 DC.

Cour de cassation, première chambre civile, le 27 septembre 1983.
bull. 1983, t. 1, première partie, n. 215, p. 193.

Cour de cassation, première chambre civile, le 10 janvier 1984.
bull. 1984, t. 1, première partie, n. 6, p. 4.

Cour de cassation, troisième chambre civile, le 17 juillet 1986.
bull. 1986, t. 1, troisième partie, n. 270, p. 291.

Cour de cassation, troisième chambre civile, le 6 novembre 1986.
bull. 1986, t. 1, troisième partie, n. 305, p. 354.

Cour de cassation, première chambre civile, le 14 janvier 1987.
bull. 1987, t. 1, première partie, n. 10, p. 8.

Cour de cassation, première chambre civile, le 01 juillet 1987.
bull. 1987, t. 2, première partie, n. 215, p. 161.

Cour de cassation, première chambre civile, le 12 janvier 1988.
bull. 1988, t. 1, première partie, n. 8, p. 6.

Conseil d’État, le 01 juillet 1988.

Cour de cassation, deuxième chambre civile, le 27 avril 1988.
bull. 1988, t. 1, deuxième partie, n. 101, p. 52.

Cour de cassation, chambre sociale, le 10 janvier 1989.
bull. 1989, t. 2, cinquième partie, n. 10, p. 6.

Cour de cassation, troisième chambre civile, le 15 mars 1989.
bull. 1989, t. 1, troisième partie, n. 65, p. 37.

Cour de cassation, troisième chambre civile, le 22 mars 1989.
bull. 1989, t. 1, troisième partie, n. 169, p. 39.

Cour de cassation, chambre commerciale, le 17 novembre 1992.
bull. 1992, t. 2, quatrième partie, n. 356, p. 253.

Cour de cassation, première chambre civile, le 20 juillet 1994.
bull. 1994, t. 1, première partie, n. 361, p. 190.

Cour européenne des droits de l'homme, le 9 décembre 1994.
Gazette du Palais, 12 janvier 2005, p. 29.

Conseil constitutionnel, le 28 décembre 1995.
D. 95 – 369 DC.

Conseil constitutionnel, le 09 avril 1996.
D. 96 – 374 DC.

Cour européenne des droits de l'homme, le 23 octobre 1997.
Gazette du Palais, 23 avril 2000, p. 50.

Conseil constitutionnel, le 18 décembre 1998.
D. 98 – 404 DC.

Cour européenne des droits de l'homme, le 28 octobre 1999.
Gazette du Palais, 12 mai 2000, p. 35.

Cour de cassation, première chambre civile, le 20 juin 2000.
bull. 2000, t. 1, première partie, n. 191, p. 123.

Cour de cassation, première chambre civile, le 04 décembre 2001.
bull. 2001, t. 1, première partie, n. 304, p. 193.

Cour de cassation, première chambre civile, le 18 décembre 2001.
bull. 2001, t. 1, première partie, n. 322, p. 205.

Cour de cassation, troisième chambre civile, le 07 février 2002
Jurisclasseur, n. 00-18.557.

Cour de cassation, chambre commerciale, le 25 mars 2002.
Jurisclasseur, n. 00-17.903.

Conseil Constitutionnel, le 13 janvier 2003.
D. 2002 – 465 DC.

Cour de cassation, assemblée plénière, le 23 janvier 2004.
bull. 2004, t. 1, première partie, n. 2, p. 2.

ABRÉVIATIONS

Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation – chambres civiles
D.	Décision du Conseil Constitutionnel
DC	Décision sur lois ordinaires, traités ou règlements des Assemblées
n.	numéro
RTD civ.	Revue Trimestrielle de Droit Civil
RTD com.	Revue Trimestrielle de Droit Commercial et Économique
obs.	observation
op. cit.	*opus citatum* (œuvre cité)
p.	page (s)
s.	suivante (s)
supra	ci-dessus

t. tome